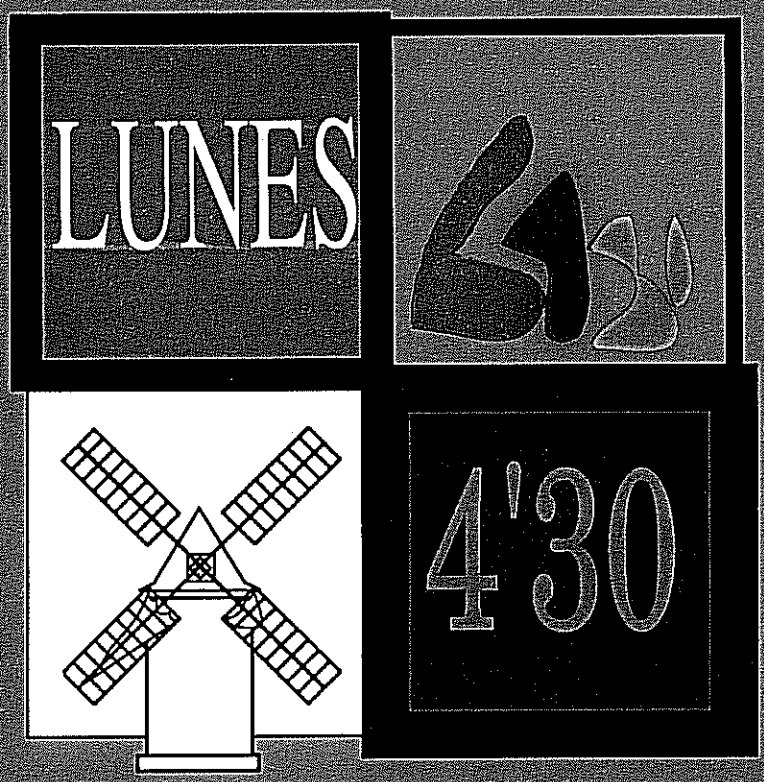
LUNES 4'30



Informativa de derecho privado y REGISTRAL

Año VII - Núm. 147 - 1ª Quincena. mayo. 1994

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

sumario

Año VII - Núm. 147 - 1ª Quincena, mayo, 1994

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 7
SENTENCIAS 10

BREVE ANALISIS DE LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO, SOBRE SUBROGACION Y MODIFICACION DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS, (SEGUNDA PARTE) porJosé M. Hernández Antolín 21
SOBRE EL RETRACTO EX - LEGE Y LA SUBASTA, por Eugenio Cubell .. 32

LA SUSTITUCION DE CREDITOS HIPOTECARIOS, por Celestino Pardo Nuñez 41
HIPOTECA: INTERES VARIABLE RESPECTO DE TERCEROS Y MODO DE ACREDITAR EL SALDO A EFECTOS EJECUTIVOS, Auto TSJ de Castilla - La Mancha 47

HUMOR *Corral Jr.* 53

CHICO *JM. Chico: "Cómo deshacerse de los libros"* 54

..... 57

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

María Emilia Adán García
Luis Calduch Alvarez
Ana María del Castillo González
Rosa Navarro Díaz
Juan M. Rey Portolés
Vicente Carbonell Serrano
Vicente Dominguez Calatayud
Rodolfo Bada Mañó

CONSEJERO HONORARIO:
José María Chico Ortiz

FUNDADOR:-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

SECRETARÍA:
Sta. María Dolores (Loli)
Pintor Peyró, 12,
46010-Valencia.
Teléfono: (96) 3629678

Depósito legal:
V-1212-1988

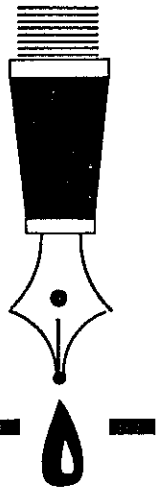
CAJONES. La LUNES acaba de salir de una gripe. Por eso, porque le costaba respirar, muchas colaboraciones han permanecido en los cajones demasiado tiempo. Tú, lector, como eres docto lo habrás intuido; y como eres paciente lo has soportado sin rechistar; por eso, porque quieres a la revistilla, eres querido por ella. La LUNES se ha curado. Era necesario un seguro restablecimiento para que se comprometiera ahora, víspera de las nuevas suscripciones, a permanecer en buen estado de salud durante un nuevo y largo año económico.

CAJA A. Temo perderte mas debo decirte que las arcas de la LUNES hace tiempo que están vacías, de suerte que sobrevive por la caridad... El mes de junio comienza un nuevo año económico y las 15.000 pesetas de la correspondiente suscripción anual van a convertirse en 20.000, porque hace años que no ajustábamos el precio, porque siempre sobrepasamos las 48 páginas —incluidas las hojas sueltas de las RR— que sirvieron para calcular el coste, porque los tochos de RR cuestan un montón, porque... ¡Maldito parné! (También reduciremos drásticamente las suscripciones "gratuitas", incluidas las de los Registradores/ras de la Comunidad Valenciana... En el próximo número hablaremos más extensamente).

CAJA B. La caja de fotocomposición de la sección ESCRIBE PARA LUNES se ha reducido. Sabios consejos de quienes estimaban que las líneas de la antigua caja se hacían interminables en unión de otros sabios pareceres de quienes alababan la caja y tipografía del BOLETIN del Colegio nos han animado a copiar la caja de este último (así como la times de 10 puntos, la interlínea de 12,6, el interletraje "muy ancho", etc); hemos dejado el recuadro que recuerda la vieja caja.

Y JAVIER DE ANGULO. EL Director-fundador del BOLETIN de Granada ha cesado. También hablaremos de eso la quincena que viene. De momento le envío un fortísimo abrazo y le renuevo mi sincero agradecimiento por su generosidad y maestría.

casos prácticos



(Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, núm. 53,pág. 47)

Por
FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO.

1.- EJECUCIÓN DE HIPOTECA CAMBIARIA.

En la ejecución por el procedimiento judicial sumario de una hipoteca cambiaria, deben identificarse las letras cuyo impago ha determinado el ejercicio de la acción hipotecaria, sin que baste la afirmación contenida en los testimonios de los autos de adjudicación de que ha vencido la hipoteca por falta de pago de alguna de ellas.

Es decir, deberán identificarse por su número, serie y plazo de vencimiento las letras que se ejecuten y -en su caso- deberá expresarse cuales, aún siendo de vencimiento posterior, se acompañan para su inutilización.

Esto ocurrirá cuando se hubiera pactado el vencimiento de la hipoteca respecto de todas las letras por falta de pago de alguna de ellas, de conformidad con la doctrina sentada por la R.D.G.R.N. 31/10/1978 que permite que se pacte el vencimiento total por impago de alguna letra, siempre que se añada la cláusula de que se aporten todas las cambiales de vencimiento posterior.

Pero también en la ejecución parcial de la hipoteca cambiaria es muy importante que quede claro cuáles son las letras que se ejecutan y cuáles quedan subsistentes, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la L.H. en caso de existir otros títulos garantizados con la hipoteca de igual derecho de los que sirvan de base a la ejecución, debe quedar subsistente respecto de ellos la hipoteca, entendiendo que el rematante la acepta y se subroga en ella, sin destinarse a su pago o extinción el precio del remate.

También es muy importante tener en cuenta, respecto de las hipotecas cambiarias, que si lo que se ejecuta es una hipoteca anterior a ellas, no sólo deben practicarse las notificaciones de la regla 5ª del artículo 131 de la L.H. al primera tenedor de las letras, sino que también deben ser notificados los sucesivos tenedores de las letras, lo cual podrá tener lugar por medio de edictos.

2.- CALIFICACIÓN DE LOS PODERES PARA VENDER OTORGADOS POR EL ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD.

Si el apoderado está facultado para vender en virtud de una escritura de poder otorgada por el administrador de una sociedad anónima, en la calificación del poder deberán distinguirse dos supuestos:

a) Que el poder sea general (esto es, para vender cualquier inmueble de la sociedad, por ejemplo, si el objeto social es la compraventa de inmuebles).

En estos casos el poder deberá estar inscrito en el Registro Mercantil (artículo 94-5 del R.R.M.), y la cesación en el cargo del administrador no implicará la extinción del poder, ya que es un apoderamiento otorgado por la sociedad a través de su órgano de representación que es el administrador. Lo que sí deberá acreditarse es la previa inscripción del cargo de administrador que otorgó el poder (cfr. artículo 11 R.R.M), pero -insisto- no la vigencia del cargo del otorgante en el momento de ejercicio por el apoderado de sus facultades representativas: regirán las reglas generales sobre subsistencia del poder, bastando la manifestación de que no ha sido revocado sin que exista pronunciamiento registral que desvirtúe tal manifestación (cfr. artículo 1738 C.C.).

El único supuesto en que no será necesario exigir la previa inscripción de los poderes generales en el Registro Mercantil, será aquél en que los poderes se otorgan en favor de los propios administradores de la sociedad anónima, poderes que no son inscribibles en el citado Registro Mercantil de conformidad con la R.D.G.R.N. 24/6/1993, por estar ya incluidas las facultades concedidas en su ámbito legal representativo (es frecuente -en efecto- que el administrador quiera ostentar un apoderamiento por escrito para acreditar con más facilidad sus facultades).

En este sentido, y con relación a las facultades de disposición o enajenación de los administradores, la R.D.G.R.N. 12/7/1993 nos recuerda que en principio los administradores tienen facultades de adquisición, enajenación y gravamen de los bienes inmuebles, a menos que de los estatutos resulte claramente lo contrario.

Por eso la citada resolución de 12/7/1993 considera que la atribución al órgano de administración en los estatutos sociales de todo tipo de facultades pertenecientes al giro o tráfico delimitado por el objeto social, con excepción de las facultades de enajenación o gravamen -exigiendo para ello acuerdos complementarios, como el de la junta general-, es una limitación de alcance puramente interno, no inscribible en el Registro mercantil.

b) Que el poder sea para actos concretos (para vender determinados inmuebles de la sociedad que se especifican en el poder).

En estos casos la inscripción del poder no es necesaria (artículo 94-5 inciso 2º R.R.M), pero sí deberá acreditarse -al igual que en los poderes generales- la previa inscripción del cargo de administrador que otorga el poder (artículo 11 R.R.M.) aunque no la vigencia del cargo del administrador (no rige en materia de sociedades el artículo 1732-3º C.C., salvo en caso de disolución de la sociedad; es decir, no se extinguen los poderes por mera caducidad del cargo del administrador que otorgó el poder).

En cualquier caso, debe calificarse si el órgano de representación -administrador- que otorga el poder general o concreto para vender, era tal en el momento de otorgarlo (cargo vigente e inscrito en el momento del otorgamiento) y que tiene por sí facultades para vender, esto es, si la venta está dentro del objeto social delimitado en los estatutos (artículo 129 L.S.A.) - a cuyo objeto los estatutos deberán acreditarse al Registrador, bien por testimonio en la escritura de venta, bien a través de documento complementario (certificación del Registrador mercantil o escritura de constitución de la sociedad), debiendo denegarse la inscripción de la venta en el Registro de la propiedad, cuando los actos de enajenación sean claramente contrarios al objeto social (dada la interpretación jurisprudencial favorable a la posibilidad de realización por los administradores de los denominados actos neutros, cuando se trata de actos no claramente opuestos al objeto social deben considerarse incluidos en sus facultades de representación).

Por supuesto que los poderes (generales o particulares) deben estar otorgados siempre por el órgano de representación, es decir: por el administrador único, por ambos administradores mancomunados, por cualquiera de los administradores solidarios, por el presidente del Consejo de administración o por el consejero delegado en quien se hubiera delegado esta facultad -cfr. artículo 124 R.R.M.- o por cualquier de los administradores del Consejo con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hubiera tomado el acuerdo de apoderamiento -cfr. artículo 108 R.R.M. También cabría elevación a público de los acuerdos de apoderamiento por quien tiene facultad certificante, con cargo vigente e inscrito en el R.M. -artículo 109 R.R.M.-, sin que sea suficiente la mera certificación no elevada a público de tales acuerdos.

Es muy importante que el poderdante tenga cargo -en el momento del apoderamiento no del ejercicio de las facultades representativas- que esté vigente e inscrito, lo cual debe ser calificado

por el Registrador en ejercicio del principio de legalidad y calificación, y como presupuesto de los principios de legitimación y fe pública registral (así lo entendió la D.G.R.N. 30/9/1993, sobre la necesidad de calificar la identidad y legitimación de los certificantes).

En este sentido conviene tener en cuenta que cuando certifica el secretario del Consejo de una sociedad anónima, la vigencia del cargo estará sujeta a caducidad si es administrador, pero no en caso contrario, de manera que el secretario no administrador no está sujeto al límite temporal de cinco años (cfr. R.D.G.R.N. 15/11/1993).

Lo que nunca es admisible es el otorgamiento de poderes por los órganos sociales no representativos -sin que sirva la alegación de que son órganos decisorios y por tanto determinantes de la composición del órgano representativo-, como es la Junta general ni la elevación a público u otorgamiento de poderes por el presidente o secretario de la junta de accionistas, ya que carecen de facultades de gestión social, correspondiendo tan sólo al órgano de administración el poder de representación (así lo confirma la R.D.G.R.N. 14/12/1993).

3.- ADJUDICACIÓN DERIVADA DE UN APREMIO SOBRE LA MITAD INDIVISA DE UN INMUEBLE ADQUIRIDO CON PACTO DE SOBREVIVENCIA, CON ANTERIORIDAD A LA NUEVA LEY 30/9/1993.

Se pueden plantear problemas de derecho transitorio respecto a la configuración que del pacto de sobrevivencia hace la nueva ley del Parlamento de Cataluña de 30/9/1993 sobre modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Tradicionalmente se venía discutiendo los efectos que el pacto de sobrevivencia en Cataluña (artículos 61 y 62 de la Compilación) tenía en las adjudicaciones derivadas del apremio.

La D.G.R.N. 29/12/1977 había optado por admitir la posibilidad de embargo de la mitad indivisa del cónyuge deudor y su realización en vía de apremio, de manera que al consumarse la adjudicación -e introducirse un tercero en la comunidad- se produciría la extinción de pacto de sobrevivencia.

Por el contrario la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14/6/1990 al plantearse la problemática de los embargos sobre mitades indivisas de bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia, llega a la misma conclusión de que cabe embargo por deudas privativas de uno de los cónyuges (ninguna duda cabe si son comunes o en interés de la familia), pero considera que tal embargo debe respetar el derecho del otro cónyuge, de manera que el adjudicatario no puede ejercitar la acción de división de comunidad y si producido el evento de la muerte de uno de los cónyuges el sobreviviente es el no deudor, el adjudicatario pierde todo derecho sobre el inmueble: en tanto que si es el deudor el sobreviviente, el adjudicatario pasará a ser propietario en exclusiva del bien. Es decir, opta por la subsistencia del pacto de sobrevivencia, si bien referido -en cuanto a su eficacia- a la sobrevivencia de los cónyuges.

En la actualidad el artículo 25 de la ley citada de 30/9/1993 determina la ineficacia del pacto de sobrevivencia en caso de adjudicación derivada del embargo hecho efectivo sobre el derecho de uno de los cónyuges, embargo que deberá ser oportunamente notificado al otro cónyuge, determinando la adjudicación un proindiviso ordinario, esto es, sin sujeción al pacto.

Pero ¿qué ocurrirá con las adjudicaciones inscritas en el Registro de la propiedad conforme al criterio de la S.T.S.J.C. 14/6/1990 antes de la entrada en vigor de la nueva ley?

Parece que debe seguirse el criterio anterior, no sólo por el carácter en principio no retroactivo de las leyes, sino por el principio hipotecario de salvaguardia jurisdiccional de los asientos (artículo 1º L.H.), de manera que no sería cancelable (sino con los requisitos generales de consentimiento del titular registral o sentencia firme) el arrastre que en su día se hiciera del pacto de sobrevivencia en el asiento derivado de la adjudicación del apremio.

4.- PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN, NULIDAD O DIVORCIO: NO ES EL ADECUADO PARA DISOLUCIÓN DE CONDOMINIOS ORDINARIOS.

Ninguna duda cabe que en el procedimiento judicial de separación, nulidad o divorcio, puede acordarse la liquidación del régimen económico del matrimonio. Así lo prevé el artículo 90 d) del Código civil -que hace una matización importante: "*cuando proceda*"-.

Incluso en otros preceptos se prevé que la sentencia firme produce la disolución del régimen económico matrimonial (artículo 95) y en consecuencia determina la conclusión de pleno derecho de la sociedad de gananciales (artículo 1392 C.C.).

Pero esto no quiere decir, que en el convenio regulador de los efectos de la separación, la nulidad o divorcio, aprobado por el juez o las medidas adoptadas por el mismo en defecto de acuerdo sobre el convenio regulador (cfr. artículo 91 C.C.) puedan hacerse adjudicaciones de bienes que ya pertenecen privativamente a alguno de los cónyuges ya sean en pleno dominio o en proindiviso ordinario. Cuando los bienes pertenecen a ambos cónyuges por mitad y proindiviso, y existe sentencia firme de separación, nulidad o divorcio, cesará la posibilidad de vincular la mitad indivisa del otro en ejercicio de la potestad doméstica (cfr. artículos 1440 y 1319 C.C.) pero lo que nunca cabrá es que se produzca disoluciones de comunidad con adjudicaciones en pleno dominio en favor de uno u otro de los cónyuges, ya que el procedimiento adecuado para ello no es el de separación o divorcio.

Para que los cónyuges en régimen de separación de bienes disuelvan el proindiviso ordinario existente entre ellos, nada tiene que ver la separación, nulidad o divorcio, sino que deberán hacerlo con consentimiento de ambos en escritura pública de disolución o en el correspondiente procedimiento judicial ejercitando la acción de disolución de comunidad ordinaria.

Lo que no cabe es que tales adjudicaciones se efectúen en el procedimiento de separación, nulidad o divorcio, que tiene carácter excepcional (v.gr. excepcionalmente no necesita escritura pública, según la R.D.G.R.N. 9/3/1988 el convenio para ser inscrito). Por eso no puede extenderse a disoluciones de proindivisos ordinarios, siendo todo ello una materia susceptible de calificación registral, pues existiría incongruencia entre el procedimiento utilizado y la resolución judicial (artículo 100 R.H.) si se pretendiera inscribir en el Registro de la propiedad convenios judicialmente aprobados en los que se hicieran atribuciones de bienes inmuebles entre cónyuges que ya se regían por el régimen de separación, y respecto de los cuales -en consecuencia- ya existía titularidad definitiva.

En estos casos las medidas del convenio regulador deberán quedar limitadas -en cuanto a los inmuebles- a la atribución en su caso del uso de la vivienda al cónyuge no titular o la liquidación de aquellos bienes muebles cuya titularidad no esté plenamente acreditada (cfr. artículo 1441 C.C.), cosa que no ocurre con los bienes inmuebles ya inscritos a nombre de uno de los cónyuges o en proindiviso entre los mismos, los cuales gozan de la presunción que sólo podrá desvirtuarse por los cauces ordinarios (escritura pública de disolución o acción de cesación de proindiviso).

5.- DONACIÓN ONEROSA ACEPTADA POR EL PADRE EN SU PROPIO NOMBRE Y EN REPRESENTACIÓN DE SUS HIJOS.

Se plantean diversos problemas respecto de una escritura de donación onerosa, en la que los donatarios se obligan a pagar al donante alimentos legales, mientras éste viva y de manera inseparable -se dice- de la donación, de manera que si no se cumple se prevé que quedará sin efecto la misma. Dicha donación onerosa es aceptada por el donatario en su propio nombre y en representación legal de sus hijos -también donatarios-.

Ante todo se aprecia la necesidad de que la aceptación sea efectuada en representación de los hijos, no sólo por el padre, sino también por la madre de los mismos, dado que el ejercicio de la patria potestad es conjunta, sin que la aceptación de donaciones onerosas pueda ser entendida como un supuesto en que pueda actuar unilateralmente uno de los progenitores sin el consentimiento del otro (cfr. artículo 156 C.C.).

El hecho de que el padre donatario manifieste en la escritura que es divorciado tampoco exime de la necesidad de que la madre intervenga en la aceptación, mientras no se acredite que en el procedimiento de divorcio ésta fuera privada de la patria potestad (lo cual no es lo normal, siendo así que normalmente la patria potestad se atribuye conjuntamente).

Lo que no parece necesaria es la autorización judicial (al igual que -según la doctrina- tampoco se exige en la compraventa de fincas), por no estar expresamente previsto en el artículo 166 C.C. -precepto de interpretación estricta- de manera que podrá ser aceptada por los hijos menores representados por sus padres sin necesidad de autorización judicial.

(Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, nº 53, pág. 64. "**LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN LA PRÁCTICA DIARIA: VIVIR PARA VER**").

Por José Manuel García García.

I. ESCRITURA DE PODER INSUFICIENTE.

Se presentan tres escrituras de préstamo hipotecario, en cada una de las cuales se hipoteca un piso, actuando los dueños representados por unos apoderados usufructuarios de los mismos pisos.

Se exhibe al Notario la escritura de poder y dicho Notario transcribe las siguientes facultades: "*a) Administrar bienes muebles e inmuebles;... d) Parcelar y urbanizar fincas;... disponer agrupaciones, agregaciones, segregaciones y divisiones de fincas;... declarar obras nuevas y constituir el régimen de propiedad horizontal y cualquier otro tipo de comunidad de bienes y derechos, con determinación de las cuotas de participación y sus estatutos y reglamentos... k) Otorgar documentos públicos congruentes con las facultades expresadas, incluso complementarios, aclaratorios y de rectificación*".

Seguidamente, se expresa que tienen los otorgantes a juicio del Notario la capacidad legal necesaria para otorgar esta escritura de préstamo hipotecario.

En la escritura de préstamo hipotecario se dice que "*cada uno de los prestatarios que integran la parte deudora -que son los poderdantes y apoderados- responde* ***solidariamente*** *del cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura*".

Las cantidades de responsabilidad hipotecaria de cada una de las escrituras son: 12.978.000 ptas., 17.304.000 ptas. y 15.038.000 ptas.

Presentadas en el Registro de la Propiedad las citadas escrituras, se notifica la siguiente calificación:

"*Debe aportarse copia auténtica de la escritura de poder para calificar si en la parte omitida, existen facultades para hipotecar, conforme al art. 139 de la Ley Hipotecaria*".

Debe tenerse en cuenta que, aparte de facultades para hipotecar, que no figuran entre las transcritas, se precisan facultades para contraer obligaciones solidarias con autocontratación, pues en el presente caso los apoderados son también prestatarios solidarios".

Por todo ello, caso de no ser suficientes las facultades del poder, se precisaría ratificación por parte de los poderdantes de las tres escrituras de hipoteca.

Estos casos de poder insuficiente revelan la importancia de la calificación registral en esta materia, pues mal podrían tener esos documentos la presunción de validez y eficacia en el tráfico jurídico y la posibilidad de ejercitar el procedimiento judicial sumario, si no se produce el control de legalidad que el art. 18 de la Ley Hipotecaria atribuye al Registrador de la Propiedad.

II. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA REVOCACIÓN PODER.

Se solicita a dos Registradores de la Propiedad de Barcelona que se haga constar por nota al margen de las respectivas fincas que son propiedad del solicitante, la revocación de un poder que dicho señor concedió a su hijo para vender las fincas del poderdante.

La documentación que se presenta en ambos Registros es una instancia solicitando tal nota marginal en las fincas que especifica, junto con una escritura de revocación de poder en la que "*revoca y por tanto deja nulo y sin efecto legal alguno el indicado poder*". Al pie de dicha escritura constan dos diligencias según las cuales el Notario se personó en el domicilio del apoderado para notificarle la revocación del poder, pero en una de ellas figura que nadie contestó a la llamada, ni tampoco estaba el portero ni persona alguna que permitiera la entrada al Notario; y en la segunda diligencia, el Notario consigue dirigirse al portero, el cual manifiesta que el requerido hace tiempo que no aparece por la vivienda, entregándole el propio Notario a dicho portero la revocación del poder en un sobre cerrado, y dicho señor se compromete a entregarlo al requerido tan pronto como aparezca por la casa.

Presentados dichos documentos ambos Registradores de la Propiedad entienden que procede hacer constar por nota al margen de las tres fincas propiedad del poderdante, la revocación del poder concedido al apoderado para la venta de esas fincas.

La razón es que, aun habiéndose producido una revocación de poder con todas las formalidades y con anotación en la escritura matriz, sigue circulando una copia auténtica de la escritura de poder, que no ha podido ser retirada por el poderdante, que se encuentra en completa indefensión ante posibles actuaciones del apoderado.

Con esta solución se entiende que la calificación registral dé salida a una situación digna de protección jurídica evitando que se puedan producir efectos perjudiciales para el dueño de fincas.

Además, se revela que el sistema registral es muy adecuado para el control de legalidad de la suficiencia y subsistencia de poderes.

RESOLUCIONES

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por Rodolfo BADA MAÑÓ (R.B.M.) y Ana DEL CASTILLO GONZÁLEZ (A.C.G)

R 1 DE MARZO 1994 (B.O.E 6 DE MAYO)

HIPOTECA MOBILIARIA: DEBE IDENTIFICARSE PLENAMENTE LA MAQUINARIA INDUSTRIAL HIPOTECADA; DEBE EXPRESARSE SI EL CRÉDITO ES MANCOMUNADO O SOLIDARIO Y EN EL PRIMER CASO LA CUOTA QUE CORRESPONDE A CADA ACREEDOR; DEBE ACREDITARSE LA VIGENCIA E INSCRIPCIÓN EN EL R. MERCANTIL DEL CARGO DE SECRETARIO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

Supuesto de hecho: presentada una escritura por la que se constituye una hipoteca mobiliaria de máximo, sobre determinada maquinaria industrial, a favor de varias personas –avalistas solidarios y en garantía de las cantidades que, cualquiera de ellos, abone como consecuencia del aval– se suspende la inscripción por los siguientes defectos: 1º) la escritura no expresa el nombramiento del secretario no consejero del Consejo de Administración de la entidad hipotecante ni su inscripción en el RM. 2º) no se identifica la maquinaria con las circunstancias exigidas por la LHM y 3º) no se expresa si la hipoteca es solidaria o mancomunada y en este caso no se señala la cuota de participación de cada uno de los titulares de la hipoteca.

Interpuesto **recurso de reforma** ante el Registrador y mantenida por éste su nota de calificación, los recurrentes se alzaron ante la DG. que **estima parcialmente el recurso** en cuanto al tercer defecto. La no expresión del acto de nombramiento del secretario no consejero ni de los datos de inscripción en el RM no son, por sí solos, defectos del título que impidan la inscripción ya que pueden acreditarse acompañando a la escritura los documentos pertienentes, lo que no ocurre en este caso. La DG. no entra en el tema, por no ser objeto de recurso, de si el secretario no consejero precisa, para actuar, el previo otorgamiento en su favor del oportuno poder. El segundo defecto se confirma por la DG. plenamente

y en cuanto al tercero no se confirma al considerar la DG. que los términos en que se desenvuelva el aval se trasladarán al ejercicio de la hipoteca, de manera que puede ocurrir que cualquiera de los avalistas ejecute la garantía por el todo si sufrió el sólo el aval, o bien que la utilicen cada uno de ellos en la medida que sufrió el aval. Que en la fase de pendencia del aval no se pueda determinar un concreto desenlace del mismo y, por ende, de la hipoteca,no es considerado como defecto. (A.C.G.).

R 21 DE MARZO 1994 (B.O.E. 6 DE MAYO)

MERCANTIL. SRL.

CONSTITUCION.

Se trata de cuatro defectos que el Registrador mercantil estima existen en una escritura de constitución de S.L.

El primero consiste en carecer de autenticidad uno de los poderes que se acompañan a la referida escritura por no constar el signo, firma y rúbrica del Notario autorizante. El Registrador debió aplicar, con carácter previo a la calificación lo dispuesto en el art. 76 de la Ley de 26-XI-1992 de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que regula lo relativo al cumplimiento de trámites en dicho procedimiento.

La Dirección General revoca el defecto desde la óptica ya adoptada en la Resolución de 16-XI-93 que declaró que la finalidad de la calificación registral es comprobar la legalidad del acto o negocio, y la del recurso es revisar aquella calificación de forma que si en la solicitud de reforma de la nota se acepta la inexistencia de los defectos lo procedente es acceder a ello y no impedir la inscripción so pretexto de haberse recurrido la nota de calificación.

El segundo defecto califica de sub-sanable la concesión de un poder en favor del Secretario del Consejo de Adminis-tración concretado en la realización de facultades de gestión con la antefirma de "*GERENTE*" pues el Registrador estima que es precisa la aprobación de la socie-dad una vez inscrita en base a las Resolu-ciones de 22-I-88, 25-IV-91 y 20-X-92.

La Dirección General aplica el artículo 15 de la LSA por remisión del artículo 6 LSL pues aunque no se desprende con claridad si el poder se concede en este caso por todos los socios fundadores o bien por el Administrador dentro de las facultades que se le otorgan para la fase anterior a la inscripción, lo cierto es que ambos supuestos están previstos en la norma referida, que incluyen también el poder para actos posteriores a dicha inscripción.

Los defectos tercero y cuarto tratan de facultades conferidas por los socios fundadores a uno de los socios para otorgar escrituras de subsanación y al Administrador para actuar durante la fase anterior a la inscripción. El Registrador los considera insubsanables por tratarse en el primer caso de un acto que caduca al practicarse la inscripción y en el segundo por ser un poder que se confiere por los socios entre sí como personas físicas y no por representación de la sociedad.

La Dirección General declara la impropiedad de la nota del Registrador en este punto pues en realidad no hay defectos sino simples circunstancias no inscribibles del título presentado y habiendo acuerdo expreso entre ambas partes sobre la naturaleza no inscribible de estos pactos no es preciso pronunciamiento expreso. (R.B.M.).

R 23 DE MARZO 1994 (B.O.E. 10 DE MAYO)

HIPOTECA: CONSTITUIDA LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE UN SOLO CRÉDITO Y A FAVOR DE VARIOS ACREEDORES MANCOMUNADOS, DEBE EXPRESARSE, INEQUÍVOCAMENTE, LA CUOTA CORRESPONDIENTE A CADA UNO DE ELLOS.

Supuestos de hecho: presentada en el Registro de la Propiedad una escritura de préstamo con hipoteca a favor de dos acreedores, se suspende la inscripción, entre otros defectos, por el siguiente, único objeto de recurso: "*constituyéndose la hipoteca por un solo crédito a favor de dos acreedores y no resultando su carácter solidario, no se determina la participación correspondiente a cada uno*".

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante, a efectos meramente doctrinales, **el Presidente del TSJ confirmó la nota del Registrador, así como la DG,** al considerar que en los supuestos de cotitularidad de un derecho real deberá expresarse bien la participación que en el crédito corresponde a cada uno de los acreedores si es mancomunado, bien su carácter de solidario,

sin que sea suficiente en el primer supuesto, la mera presunción de igualdad derivada de los arts. 393 y 1.138 Cc. (A.C.G.).

R 21 DE ABRIL 1994 (B.O.E. 18 DE MAYO)

MERCANTIL. GRAL.

FECHA DE COMIENZO DE LAS OPERACIONES SOCIALES EN EL CASO DE TRANSFORMACIÓN DE S.A. EN S.L.

Se plantea en el presente recurso la redacción de una cláusula en la que se señala como fecha de inicio de las operaciones societarias la de su "*constitución, aprobación y elevación a público de estos Estatutos*", dándose la circunstancia de que se trata de una escritura de transformación de una SA en otra de RL..

La Dirección General admite el recurso interpuesto por el Notario autorizante y señala que la transformación de una sociedad en otra de distinta tipologia se produce sin solución de continuidad entre las respectivas situaciones fácticas. Siendo esto así, carece de sentido señalar una fecha de inicio de operaciones que, o bien se limita a reproducir hacia atrás la fecha en que comenzaron en su día antes de la transformación, o bien señala hacia el futuro una fecha que, en rigor, no es de inicio, sino de continuación de la actividad societaria. La cuestión dicutida es puramente formal derivada de la incorrecta redacción que hace figurar en tiempo presente lo que indudablemente no puede ser sino pasado. En este sentido es cierta la apreciación del Registrador, pero como la contradicción no puede cambiar un hecho cierto ocurrido en el pasado, tampoco puede alterar la continuación de la personalidad jurídica de la sociedad. Por lo tanto, esta contradicción no puede ser elevada a la categoría de defecto obstativo de la inscripción pretendida. (R.B.M.).

La Resolución de 25 de marzo de 1994, cuyo extracto se publicó en el número anterior, en el que se indicaba que estaba pendiente de publicación en el BOE, apareció publicada en el de 30 de abril, por lo que ahora se incluye la hoja suelta correspondiente.

SENTENCIAS

Por *Mª Emilia ADÁN GARCÍA*

STS 23 NOVIEMBRE 1993

HIPOTECA: CESIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO. INSCRIPCIÓN DECLARATIVA.

HECHOS.- El 21 de Diciembre de 1978 se celebró Junta de Acreedores de la quiebra de BAHIA N, S.A, el pasivo total de la quiebra ascendía a 446.753.446 ptas, el Banco X ostentaba un crédito de 350 millones que suponía el 78% de los votos. En la Junta se aprobó una propuesta de Convenio formulada por D. Marcel de C. en cuya virtud los acreedores debía percibir un 20% de sus respectivos créditos.

Con carácter previo a la Junta el Banco X y D. Marcel de C (éste último por cuenta de Jean C.Z.) llegaron al acuerdo por el que el Banco recibió 180.000.000 de pesetas.

El 22 de Diciembre de 1978 D. José Z.C firmó recibo acreditativo de haber recibido de D. Marcel de C y de Jean C.Z. 195.363 pesetas, y el 13 de enero firmó un documento para ser unido a las actuaciones de la quiebra, en el que se declaraba "*finiquitado*" y totalmente pagado su crédito, sin que pueda promover reclamación alguna sobre el mismo.

D. José Z.C. presentó recurso de casación contra la sentencia desestimatoria de la A.P.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-Entre los motivos del recurso (que fue desestimado) destacan.

1.- Se acusa infracción del artículo 6.3 y 4 en relación con los arts. 53 y 899 C.Comercio por los motivos siguientes:

- El Convenio debe ser declarado nulo e inexistente, porque con anterioridad a la Junta de Acreedores, el Banco había percibido el 51,41% del importe de su crédito, con lo cual su voto estaba presidido por la ilicitud de la causa y contrario a la buena fe contractual.

- Ante la alegación del Banco de que había cedido su crédito, el recurrente afirma que después, al asistir a la Junta lo hace aparentando que sigue siendo titular del mismo, perjudicando al resto de los acreedores.

El TS rechaza el motivo, porque la cesión de crédito debe reputarse válida, pues ni la inscripción de la cesión, ni su notificación tiene carácter constitutivo. El TS recoge la tesis del de Instancia de que el vicio de consentimiento derivado de ignorar José Z.C. la cesión sólo podría originar anulabilidad del contrato, con lo que el plazo de cuatro años para ejercitar la acción está superado. Además el TS recuerda, que no está probado que la cantidad abonada por la cesión lo fuera a cuenta del crédito del recurrente ni con cargo al patri-monio de la sociedad, sino que debió hacerse a favor de Jean C.Z. aunque por una suma inferior a su importe, por lo tanto no hay ilicitud en la operación previa, y tampoco se perjudicó al recurrente pues no hubiera percibido cantidad mayor caso de no haberse producido la cesión. Además el recurrente se mostró conforme con lo acordado en el Con-venio, al menos desde el punto de vista económico ya que se dió por pagado.

Al ser la cesión de crédito ajena a Bahía N, S.A., no hubo pacto entre la quebrada y uno de sus acreedores por lo que no hay infracción del art. 899 C. de C.

2.- El segundo motivo alega infracción del art. 6.4 CC en relación con el 1256 CC, por considerar inadmisibles los pactos privados que redunden en perjuicio de otros acreedores.

El TS lo rechaza:

a) Porque, aunque el Convenio entre los acreedores y el quebrado se asemeja, en su naturaleza, a un contrato bilateral que da lugar a obligaciones recíprocas, el Convenio se acuerda en el marco de un procedimiento judicial con reglas específicas sobre la vinculación al mismo de los acreedores.

b) Porque en el Convenio no hay cláusula o determinación alguna cuyo cumplimiento quede al arbitrio de ninguno de los intervinientes.

3.- Infracción del art 1275 CC, puesto que los pactos privados entre los acreedores y el quebrado tuvieron causa ilícita.

El TS lo rechaza, porque la existencia de causa lícita se presume iuris tantum (art. 1277 CC), y es una cuestión fáctica. En el caso en cuestión, Jean C.Z. trató de evitar a Bahía N, S.A., las últimas conse-

cuencias de la quiebra, propiciando así la aprobación del Convenio a cuyo fin adquirió el crédito de mayor importe, lo que no supone ilicitud, que vicie la causa de sus acuerdos.

4.- Infracción del art. 1266 CC en su relación al art. 1261.1, pues el error sufrido por los firmantes del Convenio, desconociendo que el Banco ya no era acreedor, invalida el mismo.

El TS mantiene que ese error no afecta al contenido del crédito, ni fue determinante de alteración económica alguna en las condiciones que motivaron el Convenio. El supuesto podría asimilarse, al art. 1266.2, al error sobre la persona, pero ante la evidencia de que el Convenio no se acordó en consideración al Banco, carece de efecto invalidante.

5.- Infracción del art. 1280.1 y 6 CC , y los arts. 149 LH y 244 RH, con referencia a que la cesión de crédito, pues no consta su formalización documentalmente ni, que se inscribiera en el Registro de la Propiedad no obstante tratarse de un crédito hipotecario.

El TS recuerda que la omisión de los requisitos de forma establecidos en el art. 149 LH no da lugar a la nulidad, como ya declaró la S de 22 Mayo de 1905, reiterada en la Sentencia de 29 Junio de 1989 que afirma: "*el Ordenamiento Jurídico español tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo, robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de a fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo 3º del invocado artículo 149 cuando previene que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente*".

6.- Ante la exigencia de aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre levantamiento del velo, el TS manifiesta que no se dan los presupuestos de su aplicación:

- Porque no tratan de eludir responsabilidades protegiéndose en la personalidad jurídica diferenciada de Bahía N, S.A.

- Porque el desembolso de Jean C.Z. para que le fuera cedido el crédito no afectó al pasivo ni al activo de la deudora, ni altera la eventual liquidación del patrimonio social.

STS 30 NOVIEMBRE 1993 HIPOTECA. POSPOSICIÓN DE HIPOTECA

HECHOS.- En escritura pública otorgada el 13 de febrero de 1980 se pactó la cancelación parcial de una hipoteca en garantía de un crédito a favor de la Caja de Ahorros X, consintiéndo ésta que la misma, en cuanto a la parte de deuda subsistente, se pospusiera a la constituida en la misma escritura a favor del Patronato del Fondo Nacional de Protección del Trabajo, (con omisión) del plazo para la inscripción de la nueva hipoteca, según dispone el art. 241.3 R.H.

El Ministerio de Trabajo interpuso demanda solicitando que se condenara a la Caja de otorgar escritura pública en que se fije un plazo de seis meses, contados a partir del otorgamiento para que se proceda a su inscripción. La demanda se desestimó por el JPI y por la AP, interponiendo recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- El recurrente alega los siguientes motivos de casación:

A) Infracción del art. 1128 CC.

El TS lo desestima porque el plazo es un requisito necesario para que la posposición tenga efectos registrales, por lo que no es una obligación nacida del contrato de cuya naturaleza y circunstancias el plazo haya querido concederse al deudor o que haya quedado a voluntad del deudor en los términos del art. 1128 CC. Por ello no puede entenderse que alguno de los titulares de las hipotecas cuyo rango se altera se halle obligado civilmente a realizar la inscripción.

El recurrente alega que el plazo estaba implícito en la cláusula que daba por vencida la hipoteca si no se inscribía antes de 12 meses.

El TS se reafirma en su tesis en base a los siguientes argumentos:

1. El acuerdo entre las partes interesadas en la alteración del rango hipotecario, exigido en el art. 241 no es un elemento accesorio del negocio público, sino un requisito sine qua non, para que produzca efectos registrales.

2. No es que se establezca una obligación sin señalar plazo para su cumplimiento (art. 1128 CC), sino que se omite un requisito cuya ausencia priva de efectos registrales a la posposición de la hipoteca.

3. El plazo ha de ser fijado de común acuerdo, y su omisión no puede subsanarse por la vía del art. 1128 Cc cuanto menos cuando las consecuencias de la no inscripción en un plazo determinado están previstas en la escritura de constitución de la hipoteca y alteración de su rango y dan lugar al posible vencimiento del préstamo garantizado.

B) No puede decirse que las evasivas de la Caja para fijar el plazo sea infringir el art. 1256 CC, por dejar a su arbitro el cumplimiento de lo pactado. Entiende el TS que lo que pretende la Administración es mantener indefinidamente la posibilidad de subsanación de un defecto con la consecuencia de impedir la ejecución por la Caja de la hipoteca inicialmente preferente, con este carácter, por lo que no es pertinente exigir a la Caja la subsanación del defecto cometido, cuando esta Entidad ya había iniciado el procedimiento de ejecución del art. 131 LH respecto a la hipoteca que se pretende posponer. Además se declara que no es imputable a la Caja la demora en la inscripción y en la subsanación.

C) Tampoco se puede traer a colación el art. 1279 CC pues éste se refiere a una cuestión de forma, y aquí estamos en presencia de una cuestión de fondo, la ausencia de plazo, no de su fijación.

D) Por último se rechaza la alegación que denuncia el principio de enriquecimiento sin causa, pues si hubiera un enriquecimiento lo sería por una omisión de la que no es responsable la Caja.

STS 3 DICIEMBRE 1993

VPO. COMPRAVENTA POR PRECIO SUPERIOR AL PREVISTO LEGALMENTE

HECHO.- En virtud de contrato privado de 15 Diciembre de 1984 elevado a escritura pública de fecha

11 de Septiembre de 1987, la sociedad X vendió a D. BBB una vivienda de VPO por precio de 5.875.000 a satisfacer:

- 3.549.000 los retuvo la compradora para el pago del préstamo hipotecario.

- 2.065.000 se abonan en metálico.

- 261.000 incrementadas con los intereses devengados por el préstamo desde la entrega de las llaves y que suponían 873.180, más los intereses de estas sumas que implicaban 80.762 ptas. lo que supone una suma de 1.214.942 ptas, en 3 plazos de diverso vencimiento.

No satisfechos estos plazos, la sociedad X efectúa el requerimiento resolutorio del art 1504, y Dª BBB reconvino solicitando la nulidad de la cláusula contractual relativa a los intereses convenidos.

El JPI considera nula la cláusula por ser contraria al art. 6.2 RD 3280/1983 de 14 de Diciembre sobre VPO, y el art. 13 RD 3148/1978 de 10 de Noviembre, pues al tratarse de una cuestión social, el juego de la autonomía privada queda constreñido, por lo que son nulos los pactos contrarios a normas de carácter imperativo (las del precio de las VPO, lo son), y además porque al ser, dicha cláusula, una renuncia a un beneficio legal, debió ser hecha con conocimiento previo del mismo, lo que no consta.

El JPI no admite la resolución, por no haber voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento al faltar por pagar una mínima cantidad.

Interpuesto el recurso de casación se basó en los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- La cuestión central es determinar el tempus a quo a partir del cual se inicia el devengo de intereses a cuenta del comprador, y que puede ser:

- Desde el otorgamiento de la escritura pública (art. 6 RD 3280/1983)

- Desde la entrega de llaves (lo estipulado).

Esta segunda posición es la mantenida por el recurrente habida cuenta que la entrega de llaves fue previa al otorgamiento de la escritura, y ésta se retrasó por culpa de los compradores.

El TS admite el recurso de casación por dos razones:

- La primera de ellas es que el contrato litigioso es válido en la totalidad de sus estipulaciones a pesar de haber señalado un precio superior al legal establecido. Reconocida la validez civil del contrato, celebrado en el marco de la autonomía privada, hay que estimar una infracción de carácter administrativo.

- El dies a quo del devengo de intereses es el momento de la entrega de llaves, y no el del otorgamiento de la escritura pública. Por lo cual la parte comprador no pagó parte del precio aplazado, por lo que se estima la resolución del contrato con la pérdida del 26% de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula 2º que se articula como cláusula penal.

PRUDENCI JURIS

Escribe para Lunes:
José M. Hernández Antolín
Notario de Madrid. Registrador excte.

Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLIN
NOTARIO DE MADRID. REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD EXCEDENTE.
MADRID, 14 de Abril de 1994.

SUMARIO

I. PROPÓSITO DE LA REFORMA.
II. NOVACIÓN MODIFICATIVA.
1.- Situación anterior a la Ley.
2.- Nueva Ley.
III. SUBROGACIÓN.
1.- Naturaleza jurídica de la subrogación.
2.- Situación anterior.
3.- La subrogación en la nueva Ley.
4.- Naturaleza jurídica de la subrogación regulada en la nueva Ley.
IV. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA NUEVA LEY.
A. Requisitos subjetivos.
a) Prestamista.
b) Prestatario.
B. Requisitos objetivos.
a) Requisitos del préstamo.
b) Requisitos de la subrogación.
C. Procedimiento para llevarse a cabo la subrogación (Art. 2,4 y 5 de la Ley).
1.º Búsqueda.
2.º Oferta vinculante.
3.º Acepatación de la oferta.
4.º Notificación a la entidad acreedora.
5.º Expedición de la certificación por la entidad prestamista.
6.º Enervación por la entidad prestamista.
7.º Pago a la entidad prestamisnta y otorgamiento de la escritura de cancelación.
8.º Notificación de la subrogación a la entidad prestamista.
9.º Alegaciones de la entidad prestamista (solo en el caso de que sea procedente la notificación).
10.º Constancia registral.
D. Efectos de la subrogación.
E. Costes de la subrogación.
V. EL PROBLEMA DE LA REVITALIZACIÓN DEL PRÉSTAMO.
VI. OTRAS CUESTIONES CONTEMPLADAS POR LA LEY.
A) Limitación de comisión de amortización.
B) Modificación de la Ley 26/1898, de 29 de julio, de Disciplina e INtervención de las Entidades de Crédito (Disp. Adic. 2).
c) Modificaciones de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.
VII. JUICIO CRÍTICO DE LA LEY.
VIII. CONCLUSIÓN.

Con la publicación de esta segunda parte —remarcada en el sumario con el recuadro gris— , concluimos la publicación del artículo de JM. Hernández.

C) **PROCEDIMIENTO PARA LLEVARSE A CABO LA SUBROGACIÓN.** (art. 2, 4 y 5 de la Ley).

1º **BUSQUEDA.** El deudor prestatario se dirige a una o varias entidades, a fin de tratar de obtener mejores condiciones para su préstamo.

Aquí tendrá gran importancia la labor publicitaria de las entidades a fin de tratar de fomentar tales subrogaciones. A este efecto deben de tenerse en cuenta:

- los límites impuestos por la normativa publicitaria (en particular Ley 34/1988 de 11 de Noviembre, General de Publicidad, y en concreto, los que tratan de reprimir la publicidad engañosa (artículos 3.b y 4).
- los límites derivados de la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y las derivadas (una vez que se haga la correspondiente trasposición) de la Directiva 93/13/CEE de 5 de Abril de 1993 sobre Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con consumidores (plazo fijado para tal incorporación: 31 de Diciembre de 1994).
- y por último, los límites a las prácticas colusorias derivados de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia.

2º **OFERTA VINCULANTE.** La Entidad dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario (2.1 LS).

El concepto de Oferta vinculante nace en el Proyecto de Orden Ministerial sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuya elaboración está realizando el Ministerio de Economía y Hacienda, que regula su contenido. Dicha fórmula es recogida por LS, que ha sido aprobada antes que la citada Orden, pero cuyo texto es interesante tener en cuenta a efectos interpretativos.

a) DURACIÓN.- No dice el precepto, y es grave la omisión, la duración de esta oferta vinculante, ya que esta no puede ser indefinida (dada la variabilidad del mercado). Se estará a lo que la propia entidad diga, y si nada dijera, la fijación de la duración la harán los Tribunales, al amparo del artículo 1128 CC.

b) El concepto VINCULANTE debe de identificarse con el de IRREVOCABLE, de forma tal que la entidad no puede revocar la misma durante su plazo de vigencia. Lo que es necesario es que en dicho plazo sea aceptada, aunque sea conocida con posterioridad (dado el carácter mercantil de los préstamos, es de aplicación el artículo 54 CCo, y no el 1262 CC).

El concepto vinculante estimo que es compatible con el de oferta CONDICIONADA, aunque en principio parezca que ambos conceptos deban de ser incompatibles. Así es posible que tal oferta quede condicionada:

- a que el valor de tasación de la finca sea superior a un tanto por ciento del préstamo.
- cambios de valoración o destrucción de la finca hipotecada.
- que al tiempo de formalizarse la subrogación no haya créditos preferentes.
- que la situación económica del deudor no sufra menoscabo con posterioridad (suspensión de pagos, embargos, circunstancias que afectan a la solvencia del deudor...).

- cualquier otra causa que de lugar al vencimiento anticipado del crédito.

El no admitir tal condicionamiento obligaría a que, producida la aceptación, si acaeciesen tales circunstancias, habría de concederse el crédito para, de forma inmediata, proceder a resolver el contrato, lo cual es, indudablemente, un contrasentido.

c) FORMA. Tampoco dice nada de la forma, pero debe entenderse que deberá revestir forma escrita (a efectos de su posterior comunicación a la entidad prestataria).

d) CAPACIDAD.- Dicha oferta vinculante debe hacerse por persona con facultades bastantes para conceder el préstamo en cuestión, lo cual sería interesante se constará en la misma (con expresión del poder del que resultan sus facultades), siendo de especial interés las normas que sobre el factor notorio establece el artículo 286 CCo.

e) CONTENIDO.- Por condiciones financieras debe de entenderse las relativas a los tipos de interés, tanto ordinarios o de demora, único punto al que puede referirse la subrogación (y en su caso, las disposiciones antes citadas). Lógicamente no se referirá al importe del préstamo que, por el momento, es (o puede ser) desconocido.

f) RECTIFICACIÓN DE LA OFERTA.- Si se advirtiera error en la Oferta, dado su carácter VINCULANTE, parece que no cabe su rectificación, salvo que, transcurrido el plazo fijado, no fuera aceptada, en cuyo caso se entenderá como nueva Oferta.

g) LEGALIDAD DE LA OFERTA. ¿Cabe excepcionarse por la entidad prestamista la falta de legalidad de la oferta emitida por la entidad que pretende la subrogación (por ejemplo: se contiene variaciones en el plazo o comisiones no permitidas).

La LS no contempla este supuesto, y tal oposición tiene difícil encaje dentro del automatismo previsto en la LS, que parece permitir que siga el iter subrogatorio. Si la entidad prestataria no expide Certificación, la expedirá a su riesgo la entidad subrogada, y se consumará la subrogación.

h) COSTE DE LA OFERTA. La LS no dice nada al respecto, ya que la relación cliente-entidad subrogada no es regulada por la LS (y donde rige, en consecuencia, el principio de libertad de contratación). No obstante, es evidente que la formulación de tal oferta va a suponer un trabajo importante a las entidades de crédito. Por ello es previsible:

- alguna entidad ya ha anunciado que va a cobrar comisión por el hecho de formular tal oferta vinculante (a modo de comisión de estudio):
- otros lo englobarán dentro del concepto gastos de estudio del crédito subrogatorio (con el problema de que, emitida la oferta, no se lleva a buen término la subrogación). En este caso se quedarían sin cobrar.

Tal comisión que, previsiblemente, se va a cobrar se justifica:

- para compensar el trabajo que ello va a suponer.

- como forma de vincular al cliente.
- para evitar que cada cliente solicite ofertas vinculantes a todas y cada una de las entidades, y repita tal petición reiteradamente.

Además, para emitir tal oferta, parece aconsejable llevar a cabo diversas actividades que implican costo (información de la situación registral, tasación...), que se cobrarán, como gasto por cuenta del cliente, con independencia de la comisión.

La LS nada dice al respecto, por lo que será de aplicación la libertad contenida en la Orden de 12 de Diciembre de 1989, siempre que se notifique al Banco de España. Esta comisión, previsiblemente, provocará una limitación práctica a la entrada en vigor de la LS.

3º **ACEPTACIÓN DE LA OFERTA.**- Supone el cierre del círculo oferta-aceptación.

a) NATURALEZA JURÍDICA. ¿Supone esta aceptación la perfección del contrato? ¿Quedan ya las partes vinculadas por los términos de la oferta y aceptación?

Del examen de la LS es evidente que no (para empezar, cabe enervación). En consecuencia, la naturaleza de tal oferta y aceptación debe de considerarse como un pacto in contrahendo (y no el verdadero y definitivo contrato). En consecuencia:

- las partes se obligan a llevar a cabo los actos necesarios para culminar la subrogación.
- en caso de no llevarse a cabo por causa imputable a una de las partes, deberá indemnizar los daños y perjuicios sufridos.
- por causas válidas que permiten desligarse de lo convenido, cabe señalar, cuanto menos, el supuesto de enervación y el de disconformidad razonada (por ejemplo, cambio de circunstancias).

b) CAPACIDAD.- El deudor ha de tener facultad para contratar, dada su naturaleza de pacto in contrahendo.

c) Ha de ser PURA Y SIMPLE, ya que, en otro caso, se considerará como una contraoferta.

d) FORMA.- No se requiere forma expresa, aunque, dado que la oferta es escrita, debería de revestir (ad probationem) igual forma, aunque no hay obstáculo para admitir la aceptación tácita (sin perjuicio de la prueba de tal aceptación).

e) PLAZO.- El fijado por la oferta, y en defecto de ésta, el que fijen los Tribunales, ex. art. 1128 CC.

Lo importante es la aceptación, no el conocimiento en plazo por la entidad oferente (54 CCo, y no 1262 CC), dado el carácter mercantil del préstamo. Si se hiciera fuera de plazo, sería válida si es aceptada por la Entidad que pretenda subrogarse (que no estará vinculada a aceptarla).

e) EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN.

- Supone un pacto in contrahendo, como se ha dicho.

- La aceptación por el deudor implica autorización a la entidad que pretenda subrogarse para que lo notifique a la entidad prestataria, y le requiera para que, en el plazo máximo de siete días naturales, expida certificación del débito del deudor por el préstamo en el que se ha de subrogar. (1.2 LS).

4º **NOTIFICACIÓN A LA ENTIDAD ACREEDORA.** No se exige forma para tal notificación y requerimiento, entendiéndose que puede hacerse en cualquiera que permita tener constancia de la fecha de la entrega (notarial, carta con acuse de recibo, telegrama, entrega personal con firma del recibí, télex, telefax...). Todo ello sin perjuicio de la utilidad de que tal notificación se haga en forma fehaciente (máxime para el caso de que no se expida Certificación, para evitar dudas en cuanto a la aplicabilidad de los supuestos de subrogación).

5º **EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA.**

a) CAPACIDAD.- Ha de ser expedida por personas con facultades suficientes, pues, de otro modo, podrá ser tenida por no hecha (a salvo de lo dicho para el factor notorio).

b) CONTENIDO.- Ha de contener el importe del débito por razón del crédito, incluyéndose, en consecuencia:

- el saldo vivo pendiente por principal.
- intereses (ordinarios o de demora pendientes de pago), devengados y no satisfechos.
- comisiones (en especial, comisión de cancelación, dentro de los límites de la LS). Incluye todo tipo de comisiones pactadas: comisión de mantenimiento, de cancelación, de subrogación y cualquier otra pactada en la escritura de préstamo.

Además, dado que el préstamo devenga intereses diariamente, deberá consignarse la salvedad del devengo hasta el día del efectivo pago (siendo conveniente, por simplicidad, fijar los intereses diarios que devenga la citada deuda).

La fijación del importe es uno de los principales defectos que puede predicarse de la LS. En efecto, dicha Certificación solo puede contener tales conceptos, pero puede ser que tales conceptos no agoten la totalidad de la deuda. Así:

- tratándose de cuentas de crédito, los excedidos de disposición.
- puede haber deudas por otros conceptos (seguro, pagos hechos por cuenta del prestatario, escrituras, compraventa anterior...) que quedarían fuera de dicho importe subrogatorio, y que quedarían desprovistas en la garantía hipotecaria (aunque estuvieran cubiertos por la responsabilidad hipotecaria por el concepto de otros gastos o gastos accesorios).

En ambos casos, y cualquiera otro análogo, la subrogación implica la extinción de la obligación primitiva, todo ello sin perjuicio de que pudieran hacerse efectivos por procedimiento ejecutivo ordinario.

c) FORMA. Lógicamente, deberá ser escrita.

d) PLAZO. Siete días naturales desde su recepción. El plazo es de emisión, no de recepción.

e) RECTIFICACIÓN DE LA CERTIFICACIÓN EXPEDIDA. Cabe pensar que la Certificación expedida no lo haya sido correctamente, bien:

- porque fue realizada por persona que no tenía capacidad suficiente.
- porque es erróneo el cálculo realizado.

La LS no prevé el supuesto. A tal fin entiendo:

- que si se ha culminado ya la subrogación, no cabrá su rectificación, sin perjuicio, en su caso, de ejercitar una acción de enriquecimiento (en su caso) contra el prestatario, por el procedimiento declarativo correspondiente.
- en otro caso, si queda acreditado la realidad del error, parece que debe admitirse tal rectificación, habida cuenta que, a diferencia de la oferta, no se predica el carácter VINCULANTE a tal Certificación.

SI NO SE EXPIDE EN PLAZO LA EXPRESADA CERTIFICACIÓN, O NO REUNE LOS EXIGIDOS REQUISITOS.- En este caso, la entidad que pretenda subrogarse calculará, bajo su responsabilidad, y asumiendo las consecuencias de su error (que no serán repercutibles al deudor).

Este precepto no es imperativo (no obstante lo terminante de su redacción), de forma que la entidad puede esperar a que tal Certificación le sea expedida, no asumiendo así los riesgos inherentes al cálculo por su cuenta.

Esta es la verdadera INNOVACIÓN que introduce la ley, justificada en la "*lealtad comercial recíproca*", en expresión de la Exposición de Motivos.

6º ENERVACIÓN POR LA ENTIDAD PRESTATARIA.

La entidad prestataria podrá enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales a la notificación de la Certificación, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario.

Se da una última oportunidad a la entidad prestamista. En la práctica, la presente Ley lo que puede suponer es una vía de presión a la entidad prestamista para que suscriba (o para incitarle a suscribir) una novación modificativa. Ésta no exige que se adecúe el préstamo a las condiciones ofrecidas por la nueva entidad. Cualquier modificación (mejor o peor que ésta) enerva por sí la subrogación, sin perjuicio de poder volver a iniciar el proceso, una vez inscrita la novación.

a) NATURALEZA DE LA ENERVACIÓN.- La enervación no implica un derecho de tanteo, ni tampoco es un derecho facultativo concedido a la entidad prestamista.

Su fundamento es la protección del deudor, ya que solo procederá enervación si en el plazo fijado se suscribe una novación modificativa (que tiene que consentir el deudor). Se pretende con ello facilitar el que pueda obtener unas condiciones aun más favorables de su acreedor.

b) PRESUPUESTO DE LA FACULTAD ENERVATORIA: La expedición de la Certificación. En otro caso, no procederá tal derecho.

Este precepto es un contrasentido, ya que tendría lógica si el derecho de enervación estuviera concebido en beneficio de la entidad acreedora (a modo de sanción civil), pero no cuando el verdadero beneficiario es el deudor, como se ha dicho. Debería haberse concedido en todos los casos.

c) EFECTO: Este derecho implica que hasta que no transcurra, no podrá llevarse a cabo la subrogación. Si no se ha expedido y ha transcurrido el plazo fijado para la expedición de la Certificación, podrá procederse a la subrogación (mediante el cálculo por su cuenta y a su riesgo por la entidad a subrogarse), al no existir derecho a enervar.

Nada dice la ley de que tal novación deba notificarse a la entidad que pretendía la subrogación, pero el sentido común aconseja que se practique.

d) RENUNCIA. La LS no habla de este supuesto, pero entiendo que si el beneficiario de tal derecho es el deudor, no veo obstáculo para que pueda renunciar a tal derecho (ya que él puede saber que nunca va a llevar a cabo una novación modificativa).

El único problema práctico sería el considerar qué pasaría si, no obstante tal renuncia, el deudor llevara a cabo una novación modificativa. ¿Cerraría el acceso registral de la subrogación? Nada dice la LS, pero estimo que no (sin perjuicio de la responsabilidad del deudor). Es decir, se inscribiría la novación y a continuación se tomaría la nota de subrogación.

7º PAGO A LA ENTIDAD PRESTMISTA Y OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE CANCELACIÓN.

Transcurrido el plazo sin que se haya enervado la subrogación, caso de que proceda tal facultad, la entidad que pretenda subrogarse deberá realizar el pago de la cantidad adeudada por principal, intereses, comisiones y gastos devengados y no satisfechos, y otorgar la correspondiente escritura de subrogación.

a) IMPORTE DEL PAGO. - Si se hubiera expedido la Certificación: importe de la Certificación. La LS no prevé que la entidad que pretenda subrogarse o el deudor no esté conforme con la liquidación practicada, debiendo entenderse aplicable, por analogía, lo previsto en el último párrafo: el juez competente para conocer de la ejecución, oídas las partes, decidirá lo que proceda, por los trámites de la apelación de los incidentes. En este caso, no se llevará a cabo la subrogación hasta que se resuelva la cuestión, y hasta ese momento no hará el pago. Si lo prefiere, podrá pagar la cantidad fijada en la Certificación, subrogarse, y luego hacer la reclamación, en la forma expuesta.

- Si no la hubiera expedido: pago de la cantidad fijada por la liquidación practicada a su costa por la entidad que pretenda subrogarse.

Un problema común a ambas formas de pago es que, habida cuenta que el préstamo devenga intereses día a día, puede no ser conocida dicha suma hasta el mismo día del pago. A tal fin:

- si en la Certificación no se ha consignado tal extremo, bastará pagar el importe certificado.

- en otro caso (vg: se fijan los intereses que devenga diariamente la cantidad adeudada): Debería fijarse, previamente, tal cantidad.

b) FORMA DE REALIZARSE EL PAGO: a) NORMAL: El pago se hará mediante la oportuna operación bancaria solutoria, y el resguardo se incorporará a la escritura de subrogación.

Dicho resguardo es emitido por la propia entidad que se subroga, lo cual es una regla excepcional a la general, que es que lo declare recibido el acreedor. Ello se justifica por la "*necesaria lealtad comercial*" a que hace referencia la Exposición de Motivos.

b) EXCEPCIONAL: Aplicable a dos casos:

1) Si la entidad prestataria no ha expedido Certificación. En este caso, estimo que es posible hacer el pago por el procedimiento ordinario (operación bancaria) o por el excepcional, a voluntad de la entidad que se subroga.

2) La entidad prestataria se niega a recibir el pago.

En ambos casos, la entidad que pretenda subrogarse DEPOSITARÁ dicha suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación.

Este depósito es una nueva modalidad a los medios de extinción de las obligaciones que contempla el artículo 1156 CC, aunque contempla la consignación (y no el depósito). Además no se admite oposición al depósito, a diferencia de la consignación (en la que sí se admite oposición del acreedor).

El depósito se hará, aunque la ley no lo diga:

- bien en metálico, bien en cheque bancario o conformado. Si fuera cheque ordinario, la subrogación no podría llevarse a cabo hasta la efectividad del cheque, lo que se hará constar por diligencia ulterior.

- ha de estar hecho a nombre del Notario. ¿Y si estuviera expedido a nombre de la entidad prestamista? Estimo que no sería válido:

(i) Porque el depósito es del importe, que es dinero, no de efectos de comercio.

(ii) Porque el efecto liberatorio de los cheques resulta de la efectividad de los mismos (1170 CC).

(iii) Porque podrían plantearse problemas ulteriores con el pago del precio (ya que el ente pagador es el propio subrogado).

(iv) Porque los citados cheques tienen un plazo de validez, difícilmente compatibles con el hecho del pago.

(v) Para evitar problemas que pudieran derivarse de la quiebra, suspensión de pagos o intervención de la entidad emisora del cheque.

El pago ha de ser TOTAL, ya que la LS no prevé supuestos de subrogación parcial, y no estando compelido el acreedor a recibir el pago parcial de la obligación. No obstante, si lo aceptara, sería válido el pago parcial, produciéndose la subrogación en forma negocial (cesión parcial de crédito).

c) ESCRITURA DE SUBROGACIÓN. Técnicamente la subrogación se deriva, ex lege, del hecho del pago, y siendo éste un acto jurídico, podría parecer más adecuado que revistiera forma de acta y no de escritura. No obstante, teniendo en cuenta que en realidad lo que se documenta es un préstamo con propósito solutorio, con efectos subrogatorios, tal préstamo exige forma de escritura.

SIMULTANEIDAD DEL PAGO Y LA ESCRITURA. La LS parte de la idea de que, producido el pago, se otorga la escritura, sin exigir la simultaneidad de ambos momentos. En la práctica, no parece lógico que ninguna entidad realice el pago sin haberse asegurado que el deudor ha firmado la escritura de subrogación.

Por otro lado, el medio normal de pago es el resguardo de la operación bancaria, y, salvo que el documento se firme en el Banco, la simultaneidad es complicada.

Cabe solventar esta cuestión:

a) Disponiendo una subrogación condicionada hasta que se haga efectivo el pago.

b) Disponiendo una subrogación unilateral por el deudor, a la que el Banco otorgaría escritura de aceptación.

c) Disponiendo que la subrogación no sea efectiva hasta el momento del pago, que se haría constar por diligencia a continuación. Este es, a mi juicio, el medio idóneo.

NOTARIO COMPETENTE. No hay norma competencial, rigiendo el principio de elección de notario.

COMPARECIENTES.- Deberán comparecer siempre el deudor y el representante de la entidad subrogada.

- el deudor, ya que hasta ese momento no hay constancia documental pública de su intervención en el proceso subrogatorio, así como para indicar su propósito de solicitar un préstamo para amortizar el préstamo con el prestamista primitivo.

- la entidad subrogada, en cuanto que será la nueva titular de los derechos derivados del préstamo.

También puede derivarse tal exigencia del hecho de que, en realidad, se documenta un préstamo con fines liquidatorios de otro anterior.

No es necesario el concurso del prestatario, sin perjuicio de que lo pueda hacer a fin de dar carta de pago y consentir en la subrogación.

CAPACIDAD.

- No plantea dudas el representante de la entidad prestamista (si compareciera), que bastaría tener capacidad para dar carta de pago.

- Tampoco plantea dudas el representante de la entidad subrogada, que habrá tener, no solo capacidad para conceder préstamos, sino facultades para adquirir hipotecas.

- Más complicado es el tema de la capacidad del deudor. A tal fin, hemos de distinguir:

(i) Si la subrogación implica modificación del préstamo, pero sin modificarse la hipoteca: basta capacidad para contratar. En consecuencia:

- préstamo con garantía hipotecaria de bien ajeno: basta que comparezca el prestatario.

- préstamo a varias personas (mancomunado o solidario): bastará la comparecencia de uno cualquiera, sin perjuicio que la modificación (por beneficiosa) afecte a los demás, y sin perjuicio del derecho de los no comparecientes a oponerse a lo actuado.

- préstamo a ambos cónyuges en gananciales: bastará uno de ellos (1384.1 y 1385.2 CC por analogía).

(ii) Si la subrogación implica modificación (aun a la baja) de la hipoteca, deberán tener capacidad para hipotecar.

En consecuencia:

- deberán comparecer todos los comuneros (397 CC), al tratarse de una modificación jurídica.

- bienes gananciales: deben concurrir ambos (art. 1377 CC).

- hipoteca de bien ajeno: deberá concurrir, además, el dueño de la finca hipotecada.

CONTENIDO DE LA ESCRITURA.- Se consignará:

(i) que el acreedor ha tomado de la entidad subrogada dinero a préstamo con la finalidad exclusiva de pagar la deuda pendiente del préstamo suscrito con la prestataria, dando carta de pago de tal cantidad (por analogía 1211 CC)

Este préstamo puede concederse, y en la práctica se hará así, en el mismo documento, y en el que constará el destino exclusivo.

(ii) la mejora de las condiciones del tipo de interés (art. 4 Ley), y demás estipulaciones permitidas (según se ha dicho).

(iii) deberá incorporarse el resguardo de la operación bancaria, o la justificación de la entrega del importe al notario autorizante (caso de negarse la entidad prestamista a recibir su importe).

(iv) ¿deberá constar en la parte expositiva, todos los pasos del proceso subrogatorio? Dado los términos estrictos de la LS, y el necesario control notarial y registral, parece aconsejable que así sea.

NEGATIVA DE LA ENTIDAD QUE SE SUBROGA A OTORGAR LA ESCRITURA. Supongamos (a los puros efectos científicos, ya que en la práctica sería insólito) que, llegado el momento de otorgarse la escritura, la entidad subrogada, realizado el pago, se negare a otorgar la subrogación.

No obstante el carácter vinculante de la oferta, la naturaleza de ésta y de la aceptación como un pacto in contrahendo, parece abonar la tesis de que si alguna de las partes se negare llevar a cabo la subrogación, creo que, si no obedece a justa causa, procederá la indemnización de daños y perjuicios, no siendo posible exigir el cumplimiento en forma específica, y supliendo el Juez tal comparecencia (1098 CC).

8º NOTIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN A LA ENTIDAD PRESTAMISTA.- Solo aplicable al caso de que la liquidación se haya hecho por cuenta y riesgo de la entidad subrogada (no si se ha expedido Certificación). Dicha notificación se hará de oficio por el notario, mediante remisión de la copia autorizada de la escritura de subrogación, no siendo necesario un requerimiento expreso a tal fin.

El precepto impone la notificación mediante la remisión de copia autorizada: no parece exigirse la forma de las actas de notificación (que exige hacerse a través de Notario competente para actuar en el lugar donde haya de hacerse la notificación), bastando los requisitos del acta de remisión por correo, pudiéndolo hacer directamente el Notario autorizante, aunque el destinatario no radique en lugar de competencia del Notario.

Documentalmente se recogerá en la escritura mediante la correspondiente diligencia de envío, y posterior de recepción.

9º ALEGACIONES DE LA ENTIDAD PRESTAMISTA. (SOLO EN EL CASO DE QUE SEA PROCEDENTE LA NOTIFICACIÓN). Una vez notificada la subrogación, la entidad prestamista podrá alegar, en los ocho días siguientes, y en igual forma, error.

a) CONTENIDO.- Debe entenderse referida a la fijación de la cuantía satisfecha por la entidad subrogada.

b) PLAZO.- Ocho días desde la recepción de la copia autorizada de la escritura de subrogación.

Del tenor del precepto parece que es necesario la recepción de la copia de la escritura de notificación, pero no veo obstáculo para que puedan hacerse totales alegaciones aun antes de la recepción, si tiene conocimiento suficiente de lo actuado. A tal fin, y sin perjuicio de la notificación, estimo que tiene legitimación para pedir copia de la citada escritura (dado su interés legítimo).

c) FORMA.- Debe hacerse en forma notarial, bastando acta de envío de carta (al hacerse en igual forma).

La oposición es ajena a la escritura de subrogación, por lo que no deberá constar (mediante la oportuna diligencia) en la citada escritura.

d) EFECTOS: La alegación de error provoca los siguientes efectos:

- la subrogación produce plenos efectos (y puede por tanto procederse a su constancia registral). En consecuencia, carece de trascendencia a efectos registrales. Por ello la LS habla de importe por cuenta y "*a riesgo*". Si se produce error, la entidad que se subroga deberá correr con él.
- se acudirá al Juez, siendo competente el que lo sea para conocer la ejecución, que citará a las partes a una comparecencia, en los ocho días siguientes, y tras oír a las partes, admitirá los documentos que se le presenten y acordará, en los tres días, lo procedente, por medio de Auto, que será apelable, a un solo efecto, sustanciándose por los trámites de la apelación de incidentes.

10º **CONSTANCIA REGISTRAL** (art. 5 LS). El hecho de la subrogación no surtirá efectos contra terceros si no se hace constar en el Registro de la Propiedad por medio de NOTA MARGINAL. Con impropiedad, el párrafo 3 del citado artículo habla de "*inscripción de la subrogación*".

La elección de la técnica de nota marginal no es nueva, y ya era empleada para supuestos de análoga naturaleza, 231 y 236.e RH, máxime cuando el préstamo concedido al deudor por la entidad que se subroga para amortizar el préstamo inscrito, carece de acceso al Registro. En términos de LACRUZ BERDEJO, nos encontramos ante una nota marginal sucedánea de asiento principal, con verdaderos efectos de inscripción, y con iguales efectos que ésta.

a) NATURALEZA. Ya que la subrogación se produce sin intervención del acreedor, ¿supone ello una excepción al principio de tracto sucesivo, entendiéndolo, en su versión sustantiva, con NUÑEZ LAGOS, SANZ, COSSIO..., como consecuencia de la titularidad registral, (sólo pueden inscribirse títulos otorgados por el titular registral, siempre que pueda disponer en tal forma de su derecho)?

Aunque a priori pudiera así entenderse, estimo que no es una excepción a dicho principio, dado que la subrogación es un efecto legal derivado del pago hecho en determinadas condiciones, y así y de igual forma opera en los casos de los artículos 231 y 236. e RH.

Las verdaderas novedades introducidas por la LS están, como se ha visto:

- en la posibilidad que tiene la entidad subrogada de determinar la deuda (caso que no se expida Certificación).
- en la forma de acreditar el pago, no exigiéndose consignación judicial (ex. art. 180 RH).

b) TÍTULO INSCRIBIBLE. La escritura de subrogación, cumplidos los requisitos del artículo 2 LS, sin necesidad (en el caso de que proceda) de que se haya notificado al deudor principal de tal subrogación.

La LS ha querido dar efectos registrales inmediatos a la subrogación, desentendiéndose el Registro de la posible alegación de error (ya que la entidad subrogada correrá con el riesgo del mismo, lo que hace que sea irrelevante para fijar el importe de la obligación subrogada).

No se requiere presentar conjuntamente con la escritura de subrogación, la escritura de préstamo. (art. 5 fine LS).

c) CALIFICACIÓN. Reglas ordinarias. El art. 5 dispone (de forma innecesaria, ya que ello puede derivarse del art. 1.3 LH) que el Registrador no calificará las cláusulas del préstamo inscrito que no se modifiquen.

En este punto (y dado el carácter excepcional de la LS y los posibles perjuicios que se pueden irrogar a los acreedores anteriores al préstamo y posteriores a la hipoteca) es de gran importancia el juicio del Registrador acerca de si la subrogación ha cumplido los requisitos fijados en la LS.

d) DEFECTOS EN EL TÍTULO. En el caso de que el título presentado adolezca de defectos, calificados de SUBSANABLES, el Registrador podrá, a instancia del presentante, tomar NOTA MARGINAL PREVENTIVA (163 RH), por plazo de sesenta días (prorrogables hasta 180 días por justa causa y en virtud de providencia judicial). Dicha nota tiene efectos propios de la anotación preventiva de suspensión.

e) CIRCUNSTANCIAS DE LA NOTA MARGINAL. La nota expresará:

1º La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.

2º Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés.

3º La escritura que se anote, su fecha y el Notario que la autorice.

4º La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.

5º La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la nota con la escritura de donde se hubiera tomado.

D) EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.

1º La subrogación presupone la concesión de un nuevo crédito por la entidad subrogada. Dicho crédito no está regulado por la LS, por lo que se regulará por la normativa general de los mismos.

En este punto señalar que la entidad subrogada podrá cobrar las comisiones que libremente pacte en la operación.

2º El crédito del prestamista con el deudor queda extinguido por efecto del pago, con la única excepción de lo dicho:

- para el caso de que el importe de la Certificación (o de la liquidación sustitutoria) no coincida con el importe total adeudado por razón del contrato (vg: gastos previos, gastos accesorios...).

- para el caso de que amortización anticipada produzca a la entidad prestamista un daño económico (art. 3.3 LS).

3º Por efecto del pago, el subrogado se coloca en la posición jurídica del prestamista, con iguales derechos que éste, ya sea contra el deudor o contra los terceros, ya sean fiadores o poseedores de hipotecas (1212 CC).

La hipoteca, como queda dicho, no se modifica, sin perjuicio de que se pacte así (y tal modificación no implique agravación de la responsabilidad hipotecaria).

El rango del crédito de la entidad subrogada es idéntico al que tenía el primer prestamista.

4º EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA. (art. 6 LS). Se ajustará a lo dispuesto en el CC y en la LH.

Para la ejecución, la entidad subrogada presentará:

(i) Primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación.

(ii) Título de crédito, con los requisitos de la LEC para despachar la ejecución. Dicha Ley exige primera copia del título de préstamo hipotecario, si bien la LS suaviza tal precepto (en igual línea que el artículo 131.3.2º para el procedimiento judicial sumario, y del art. 236.a RH para el procedimiento extrajudicial), al disponer que si no pudiera presentarse título inscrito, bastará Certificación registral que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

E) COSTES DE LA SUBROGACIÓN.

(A) BANCARIOS. En cuanto al préstamo concedido por la entidad que se subroga: reglas GENERALES, ya que la LS nada dice al respecto.

Respecto de la subrogación propiamente dicha:

- nada se dice acerca de si se puede cobrar comisión por la oferta vinculante, por lo que regirá el sistema de libertad, y parece que se va a imponer una comisión.

- tampoco se dice nada acerca de si puede pactarse comisión de estudio y además comisión de subrogación, por lo que cabe decir lo mismo que en el caso anterior.

- acerca de la comisión de amortización anticipada, la LS distingue:

a) Préstamo A INTERÉS FIJO. Se estará a lo pactado, que no tiene límites, rigiendo el régimen de libertad hasta ahora vigente.

La justificación es, en términos de la Exposición de Motivos, el riesgo financiero que asume la entidad de crédito que ha podido fijar un tipo actual bajo en base a una presumible bajada a largo, con idea de asegurarse tipos futuros mejores para la entidad.

b) Préstamos A INTERÉS VARIABLE. (art. 3 LS). Aquí sí se limita su percepción, dado que el préstamo no asume riesgo financiero, lo que asimila la comisión a una pena por desistimiento (Exposición de Motivos).

La cantidad a percibir por las entidades, en concepto de comisión de cancelación:

(i) Se calculará sobre el capital pendiente a amortizar. No cabe tomar como base el principal del préstamo.

(ii) Límites a su percepción:

1º Si no se hubiera fijado comisión: no tendrá derecho a percibir cantidad alguna.

2º Si se hubiere fijado una comisión igual o inferior al 1%: la comisión será la pactada.

3º En los demás casos (es decir si se pactó superior al 1%): solo se podrá percibir el 1%, cualquiera que se hubiere pactado. No obstante esta regla GENERAL, admite una EXCEPCIÓN (justificado en la Exposición de Motivos como una manifestación del principio moderador del 1154 CC y, especialmente, en momento de crisis económica): Si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de las ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél. La alegación del daño no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias de la presente ley, y solo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda al daño producido.

El hecho determinante es "*daño económico que no implique la sola pérdida de las ganancias*", concepto general que implicará su apreciación en cada caso por la autoridad judicial.

(B) NOTARIALES Y REGISTRALES (ART. 8). Da dos reglas, con el fin de minimizar tales costes:

(i) Se considera documento de cuantía, y se tomará como base de cálculo la cifra pendiente de amortizar en el momento de la subrogación.

(ii) Se entenderá que el documento autorizado contiene un solo concepto. Si, además de la subrogación se contuviera novación modificativa en el mismo documento, cada uno de ellos tendría tratamiento arancelario por separado.

(C) FISCALES. (art. 7 LS). Está exenta la subrogación en la modalidad gradual (es decir el 0'50%) de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos notariales.

V. EL PROBLEMA DE LA REVITALIZACIÓN DEL PRÉSTAMO.

Uno de los principales problemas que plantea la ley es el que llamo revitalización del préstamo. La LS no exige que la subrogación o la novación modificativa se haga solo por el importe del principal del préstamo pendiente de pago (o en términos bancarios, con el préstamo puesto al día).

- en la subrogación habla solo de deuda (art. 2 LS).
- en la novación nada dice al respecto (art. 9 LS).

Tampoco en la nota de subrogación o inscripción de la novación consta el importe de la subrogación o el pendiente al tiempo de la novación. Por todo lo

expuesto (y este es uno de los riesgos fundamentales de la LS) puede ser utilizado para encubrir nuevas concesiones de préstamo, en perjuicio de los acreedores posteriores.

Un supuesto de hecho aclarará la cuestión: supongamos que un prestatario va pagando en los términos pactados un préstamo (o incluso de forma acelerada, por haber hecho amortizaciones parciales). Incluso más claro: un préstamo está amortizado y no cancelado.

Supongamos asimismo que hay algún acreedor no preferente (otra hipoteca u otro embargo).

La primera entidad (novación) o la subrogada puede conceder un nuevo préstamo, y, al documentarlo como una novación o una subrogación, dicho préstamo adquirirá el rango de la primera, con perjuicio de los acreedores posteriores (que, presumiblemente concedieron el préstamo o solicitaron el embargo en base al importe pendiente de pago de la hipoteca precedente).

La LS debería haber limitado la novación o subrogación al importe del principal pendiente (aunque el pago subrogatorio incluya intereses y comisiones). De otro modo, puede introducir un elemento de inseguridad nada deseable en el sistema hipotecario.

En todo caso, estimo que si se documenta en forma de novación una verdadera concesión de crédito, y dicho extremo puede acreditarse por interesado en ello (vía documentación bancaria), dicho préstamo carecerá del rango de la operación primitiva, y podrá hacerse valer así en la vía procesal oportuna (generalmente, tercería de mejor derecho).

VI. OTRAS CUESTIONES CONTEMPLADAS POR LA LEY. Las Disposiciones Adicionales de LS regulan diversas cuestiones:

A) LIMITACIÓN DE COMISIÓN DE AMORTIZACIÓN. (Disposición Adicional 1ª).- En los préstamos hipotecarios a interés variable a que se refiere el artículo 1 de la Ley, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de amortización anticipada no subrogatoria, más del 1% del capital que se amoritza, aunque estuviera pactada una comisión mayor.

De su redacción, deducimos:

a) Aplicabilidad a todo caso, es decir, no solo al caso de subrogación. Es una verdadera limitación a la libertad hasta ahora predicada para las comisiones.

b) Solo es aplicable a los préstamos concedidos por entidades financieras a que se refiere el artículo 2 de la Ley de 25 de Marzo de 1981. No a los préstamos concedidos por particulares o por entidades no incluidas en el citado artículo 2 de la LMH.

c) Por aplicación de lo contenido en el 1.2 de la LS, debe de entenderse aplicable a todo tipo de préstamos a interés variable, cualquiera sea la fecha de formalización.

d) ¿Implica este precepto que el deudor puede amortizar aunque no se hubiera pactado tal posibilidad? Aquí podríamos distinguir:

- que nada se hubiera pactado: estimo que sí se permite tal amortización, por analogía al artículo 1.2 LS, ya que la D. Ad 1ª se remite al citado artículo 1.

- si expresamente se hubiera pactado la exclusión de este derecho de amortización anticipada, o se dijera que solo procederá a instancias de la entidad acreedora. Estimo que en este caso deberá prevalecer lo pactado (pacta sunt servanda). En consecuencia, no procederá tal amortización anticipada.

¿Cuál es el motivo por el cual, en este caso, habiendo subrogación, habíamos llegado a la conclusión contraria? A mi juicio, la subrogación que regula la LS es "*ex lege*", y por tanto se produce, aun existiendo pacto contrario a la amortización anticipada. En los demás casos, al no existir esta cobertura legal, se ha de estar a lo pactado.

d) Creo que es de aplicación, tanto a la amortización anticipada total como parcial, ya que donde la Ley no distingue, no debemos de distinguir nosotros.

EFECTO:

- La cantidad máxima a percibir por la entidad financiera, por este concepto, no puede exceder del 1%, aunque hubiera sido pactado un pago superior.

- No son admisibles otras comisiones o gastos inherentes a la amortización, por concepto de estudio, indemnización u otros que tengan análoga finalidad, pues estaríamos en un caso de flagrante fraude de ley. En este sentido hemos de poner de manifiesto que la D. Ad 1º, a diferencia del artículo 3 LS, no prevé indemnización adicional por el daño económico sufrido.

- La base de cálculo será el capital que se amortiza. En consecuencia:

- no es admisible tomar como base el total del préstamo concedido.

- por capital debe de entenderse principal y no pago a realizar necesario para amortizar (ya que los intereses que se pudieran satisfacer simultáneamente no se amortizan, al estar ya devengados).

B) **MODIFICACIÓN DE LA LEY 26/1989 DE 29 DE JULIO DE DISCIPLINA E INTERVENCIÓN DE LA ENTIDADES DE CRÉDITO** (Disposición Adicional 2º).Contiene tres normas:

a) Faculta al Ministerio de Economía y Hacienda, por sí o a través del Banco de España, a publicar regularmente, con carácter oficial, índices o tipos de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos con interés variable, especialmente en caso de préstamos hipotecarios.

Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministerio de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y la comunicación al deudor del tipo aplicable a cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distinto de los oficiales señalados en el párrafo precedente.

De aquí deducimos:

- que no se limita la libertad de establecer unos u otros índices de referencia.

- permite establecer requisitos informativos adicionales caso de no utilizar los tipos publicados con carácter oficial. Este precepto está en la misma línea del Proyecto de Orden Ministerial sobre Transparencia en la Operaciones Financieras.

- que tales normas no tendrán carácter retroactivo (es decir, solo se aplicarán a los préstamos concertados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley).

b) Faculta al Ministerio de Hacienda a extender las normas dictadas al amparo del párrafo precedente a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aunque la entidad que intervenga no tenga la condición de entidades de crédito.

Esta extensión parece ser doble:

- a operaciones crediticias en general (leasing, factoring, financiación...).
- a operaciones crediticias celebradas por entidades distintas de las entidades de crédito.

c) Carácter IRRETROACTIVO de las normas anteriores (que sólo serán de aplicación a operaciones concertadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente ley).

C) **MODIFICACIÓN DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES.** Se limita a introducir en el artículo 45.I.B (exenciones objetivas) un nuevo párrafo (número 23), declarando exentos los casos a que se refiere la LS.

VII. JUICIO CRITICO DE LA LEY.

Con carácter sintético, podemos señalar:

ASPECTOS FAVORABLES: 1º BUENOS PROPÓSITOS. Es indudable que la LS persigue una finalidad positiva, cual es intentar abaratar los costes del cambio de hipoteca, y a tal fin, pretende complementar los mecanismos legales a tal fin.

2º LIMITACIÓN DE LAS COMISIONES BANCARIAS. Los Bancos deben de tratar de obtener beneficios de la intermediación de capitales (diferencial entre el precio de compra y de venta del dinero), y no de las comisiones, cuyo peso específico en las cuentas de resultados es, a todo punto, excesivo.

3º La LS va a favorecer la competencia entre entidades de crédito, lo cual hará que las entidades más competitivas y mejor gestionadas, previsiblemente, van a acaparar la cartera de préstamos hipotecarios, lo que fomentará el buen funcionamiento de las entidades.

ASPECTOS NEGATIVOS: 1º FALTA DE PRECISIÓN TÉCNICA DE LA LEY, quizá justificable por la urgencia con la que se ha elaborado, y las importantes modificaciones introducidas en su trámite parlamentario.

2º Excesiva rigidez en la subrogación, al admitirse solo la variación en el tipo de interés a la baja. Ello va a suponer, como se ha dicho ya, el que simultánea o inmediatamente se haga una novación modificativa. ¿Por qué no se ha previsto el hacerse ambas simultáneamente?

3º FALTA DE CLARIDAD EN MUCHOS DE SUS PRECEPTOS (y cuyo estudio concreto se ha hecho en cada caso), lo que va a producir numerosas dudas de interpretación que puede provocar, que en la práctica, que el resultado práctico sea escaso (o más escaso de lo que pudiera haber sido con una legislación más clara).

4º DIFICULTADES QUE VA A OFRECER A LA TITULACIÓN HIPOTECARIA (que presumiblemente puede provocar un efecto contrario al querido por LS). De la realidad de la experiencia en otros países, el medio más eficaz para lograr la baja en los tipos de interés es facilitar la captación de ahorro barato por parte de las entidades de crédito. Para ello es fundamental la movilización de los préstamos hipotecarios, a través de la titulación. Precisamente, en los últimos tiempos, desde instancias oficiales, se venía diciendo de la necesidad de ampliar tal mercado para lograr así la bajada de los tipos de interés (no sólo ya por la captación de dinero más barato, sino, sobre todo, por los efectos contables y de coeficientes que se derivan de la titulación hipotecaria).

Ya vimos los problemas que planteaban los préstamos titulizados. De las conclusiones obtenidas, cabe prever:

- que va a ser más estrecho el mercado, ya que las entidades emisoras no van a tener una cartera estable de préstamo que les anime a titulizar.

- porque el inversor adquirente de títulos estará menos incentivado a invertir, dado que la garantía de los citados títulos puede quedar volatilizada por subrogaciones, y las cantidades percibidas por esta vía no están afectas al pago de los citados títulos, que gozarán únicamente, de las garantías personales de la entidad emisora, y de las facultades que para tal caso contempla la LMH y RMH, en concreto:

(i) Tratándose de cédulas y bonos hipotecarios: extinción de la afectación (art. 51.3 LMH), es decir, solo subsiste la obligación personal de la emisora.

(ii) Tratándose de participaciones hipotecarias: la emisora vendrá obligada a abonar el porcentaje que corresponda a lo percibido (art. 61.3 RMH).

El efecto final es que se titulizará menos, y será más difícil obtener financiación a las entidades de crédito, con el consiguiente encarecimiento del precio del dinero.

5º PUEDE AFECTAR A LA SOLVENCIA DE DETERMINADAS ENTIDADES FINANCIERAS. El modus operandi de muchas instituciones financieras ha sido obtener fondos del mercado (no ya del inversor final, sino de otras entidades) y marcar un diferencial a los préstamos que concede. Si por efecto de LS, dicha entidad pierde parte de su cartera de créditos, pero no puede, simultáneamente, renegociar las condiciones a la financiación obtenida (p. ej: créditos o bonos u obligaciones a medio o largo plazo), el efecto, en la cuenta de resultados será catastrófico. Puede afectar, en consecuencia, al modo y plazo de la financiación obtenida, y suponer una quiebra a la seguridad financiera de las entidades.

6º LA LS NO HA CONTEMPLADO PROBLEMAS PRÁCTICOS DE GRAN TRASCEN-DENCIA:

a) Problema de la revitalización del préstamo y sus efectos sobre la preferencia de los créditos (vid. lo dicho).

b) Excesivo automatismo del mecanismo subrogatorio, que puede llevar a peligros no previstos:

1) Se establece un procedimiento solutorio excepcional en nuestro Derecho, que puede no implicar, necesariamente, el pago efectivo (presupuesto legal de la subrogación).

Medio NORMAL DE PAGO: el resguardo de operación bancaria es expedido por el propio sujeto pagador (es decir, el propio deudor se da carta de pago). ¿Y si no llega el dinero al acreedor? ¿Y el caso de no infidelidad del empleado? En estos casos, sin perjuicio de la inspección administrativa (Banco de España, principalmente), el prestamista se queda sin hipoteca.

Medio EXCEPCIONAL: El depósito notarial no es una verdadera consignación, ni se permite (como en ésta) la oposición del acreedor.

2) La entidad prestamista puede tener otros créditos cubiertos por el préstamo distintos de capital, intereses (ordinarios o de demora) y comisiones, que quedarían despojados "*ex lege*" de la garantía hipotecaria, no obstante lo pactado.

3) La notificación a la entidad prestamista solo se prevé en el caso de depósito (en caso de falta de Certificación, o cuando se niegue a recibir el importe). Debería haberse previsto en todo caso, y no procederse a la constancia registral hasta que se hubiera notificado, dando a la entidad notificada un derecho de oposición, en caso de falsedad o incumplimiento de los trámites legales, previendo la posibilidad de anotación de demanda.

4) En caso de falsificación de la Certificación (sobre la cual, no existe ningún mecanismo seguro de autenticidad), cuando la entidad prestamista se entere, ya es tarde y no podrá hacer nada para recuperar su crédito (sin perjuicio de otras acciones).

c) Insuficiente regulación de la Oferta vinculante (sobre todo en el caso de cambio de circunstancias).

d) Problemas de los costes bancarios inherentes al proceso (no solamente la comisión de cancelación).

VIII. CONCLUSIÓN

De todo lo dicho, y dada la trascendencia económica de la LS, concluímos que la LS es más un propósito de buenas intenciones que un mecanismo efectivo, dada las limitaciones de la misma. De la interpretación efectiva que se haga de la misma va a depender su aplicación practica, y, o bien se interpreta de forma flexible (sin merma de los derechos de terceros) o, me temo, que será, en gran medida, letra muerta. De ahí lo importante de que, el Gobierno, en uso de la facultad concedida en la Disposición Adicional 4ª, complemente y aclare los términos de la ley. ■

Escribe para Lunes:
Eugenio CUBELL
Abogado

Sobre el retracto ex-lege y la subasta

Planteamiento.

Cuando ha sido comprado un bien concreto, o parte de él, a consecuencia de una subasta pública, en ejecución judicial o extrajudicial, con adjudicación al óptimo postor, ni el condómino de dicho bien, ni el colindante, ni el arrendatario pueden ejercitar el rt. e-1 respecto a dicha venta porque, como se dice de un rt. concreto, pero vale para todos: "*La intención del legislador [es la] de no ser utilizable en estos supuestos de subasta el derecho de retracto arrendaticio...*".(De la Sentencia del Tribunal Supremo de 10/2/93, ponente Sr. Malpica González-Elipe).

Algunos, más bien, quizá, muchos, no comparten esta doctrina sino que la contradicen; suelen fundarse, para ello, en argumentos muy sólidos, aparentemente, incorporados, absolutamente, a sentencias de fecha anterior a la dicha, del tipo de los siguientes:

1) El rt. e-1, es derecho de adquisición preferente y no se puede ir contra la definición.

2) Todas las ventas son iguales y el legislador, sin distinguir, ha dicho "*tras la venta habrá retracto*"

3) El retracto sigue a la traditio, no a la venta, poco importa de qué clase (sola razón endeble, primo intuitu, ya desautorizada por nuestra jurisprudencia, porque el rt., cuando procede, sigue a la venta, como se lee en CC, no a la escritura, como se lee en Lec., lex anterior, derogada por el CC, lex posterior. Vide Lec. 1618.1º; CC 1524, 1638; LAU 47, 48; LAR 89).

Los discrepantes del giro jurisprudencial, como se puede comprobar, no entienden complementado nuestro ordenamiento jurídico con el pronunciamiento mencionado, sin duda considerado, por ellos, óbiter dictum; desconfían de una próxima, o lejana, reiteración de tal doctrina y resuelven los casos ciñéndose a pautas atrasadas. Así, 1) DGRN, Resolución de 56/11/93; 2) muchos Sres. Registradores supeditan la inscripción de las compras, a consecuencia de la subasta, a la manifestación de hallarse la finca comprada libre de arrendatarios o a la práctica de un requerimiento al arrendatario. Tales discrepantes exigen se responda a esta presunta:

¿Por qué es improcedente el retracto tras la subasta?

Para dar la respuesta es imprescindible obtener, previamente, la noción correcta de dos instituciones: la subasta y el rt. e-1. genérico, pese a estos avisos:

"*Puestos a buscar carencias (en el Código Civil), se echa en falta una normativa general y técnicamente correcta de esos derechos de tanteo y retracto...*". (Coca Payeras, Miguel. Tanteo y Retracto, Función Social de la Propiedad y Competencia Autonómica. Cometa, S.A.- Zaragoza. 1988. Pág. 116).

"*... [El FNN] contiene una regulación general y unitaria -que en el Código Civil no existe- de los derechos de adquisición preferente*". (Lacruz Berdejo, José Luis, Elementos de Derecho Civil, Derechos Reales. Barcelona 1991. Pág. 438).

Tales avisos no desaniman sino, al contrario, incitan al hallazgo de la noción del rt. e-1. genérico, porque las respuestas dadas hasta ahora, y las posibles, parten de tal noción, y de la noción de subasta, claro. Si se puede hablar del género humano, pese a no existir sino damas y caballeros concretos, no será simpleza hablar del retracto in génere, el cual se hallará, con certeza, si se descubre qué haya de común en todos los retractos, mediante la lectura intencionadamente ingenua de los textos legales, a conciencia de que nadie carece de prejuicios o éstos pertenecen, quizá, al subconsciente y con disposición, por tanto, a la crítica y al reconocimiento del error.

Noción negativa.

Existe el temor de errar, y éste engendra el intento de averiguar qué no es, o no puede ser, el rt. e-1., aunque de este intento derive la contradicción de convicciones, comenzando por las de uno mismo, no filtradas hasta ahora por la crítica sino muy ampliamente aceptadas. Siendo lamentable, pues, el transtorno que pueda causar esta reflexión, aparece como evidente que el rt. e-1, no puede ser, pues, si lo fuera, constituiría un privilegio imposible o inadmisible, el "*derecho de adquisición preferente*", frase inexacta, pero afortunada, tan popular como para haberla oído en noticias de televisión. Véase cómo llegó a nosotros tal frase.

"*Comparando los manuales españoles moderno de Derecho Civil con los antiguos, encontramos en los primeros ... la categoría genérica de los <<derechos reales de adquisición>>. ... la doctrina alemana moderna, basada en el BGB ... unifica las figuras que en nuestro ordenamiento jurídico se designan con los términos de tanteo y retracto, bajo el nombre de <<Vorkaufsrecht>>= literalmente, <<derecho a comprar con preferencia>>...*". [GARCÍA-AMIGO, Manuel. Derechos Reales de Adquisición (Notas para una Teoría General).- Revista de Derecho Privado, Tomo LX, 1976, Madrid, páginas 99 a 131].

Es, pues, inadmisible la frase como definición del rt. e-1, no porque sea una traducción literal del aleman sino porque no se la hallará, en textos legales nuestros, como definición genérica del rt. e-1., y será hallado, en cambio, para designar, lo observa ALBALADEJO, una concreta institución expropiatoria (LAR, art. 86, "*tanteo, retracto y derecho de adquisición preferente*"). Si se desarraiga de nuestra mente tal derecho de adquisición preferente, de paso, o en consecuencia, sintiéndolo, se deberá abandonar otras definiciones, igualmente ausentes de textos legales, no de los jurisprudenciales, como "*limitación que afecta*

al propietario" y "*limitación de la propiedad a modo de carga de derecho público*", porque vinieron de la mano de la primera, pues un derecho de adquisición preferente, se piensa, quizá sin caer en la cuenta de estar prohibidos los privilegios, exige un fundamento, el cual no puede hallarse sino en las limitaciones del dominio, análogamente a como se justifica la expropiación, con lo cual, birlibirloque, habrá desaparecido el privilegio.

El motivo, quizá, auténtico para el éxito de las definiciones inexactas, y de no ser así será corregido este discurso, estriba en que, originariamente, sí fue el rt. e-1. un derecho de adquisición preferente y persiste su recuerdo.

El retracto, la Revolución Francesa y la evolución española.

Esta es una cuestión envenenada, politizada y quien la trate puede ser tachado de interesado, de ahí la apresurada confesión de no poder hallar a alguien libre, aunque no los conozca, de prejuicios. Es sólito tratar del rt. e-1. ahistóricamente y pueden ser considerados quienes aplican tal tratamiento como inocentes. Estas huídas de la historia, en cuestión por la cual han rodado cabezas, literal y no sólo figuradamente, no se considera conveniente, porque quienes inciden en ellas vienen a justificar, intencionadamente o no, el rt. e-1, como si fuera una institución "desde siempre" entre nosotros cuando, al contrario, no se la hallará en ningún libro de Derecho Romano, herejía, vade retro, para nuestra mentalidad, en la que puede encajar cualquier pacto, incluso el de retroventa. Parece adecuado, para entender la realidad, para apreciar <<quáliter se habeat veritas rerum>>, no para hacer un excurso erudito, repasar la historia del rt. e-1., aunque no se encuentre libro alguno con este título. En CASTÁN, entre los leídos, se halla ya una frase corta y una lamentación: Institución de origen germánico, medioeval y feudal, cuyos contornos no han sido pulidos por el derecho romano, de ahí su imprecisión. Debe citarse a GARCÍA CANTERO ["*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*", G. C., Gabriel (Tomo XIX, Edersa, Madrid, 1980). V. pág. 465], no sólo porque ofrece explicación razonable del nacimiento, desarrollo y apogeo del rt. e-1., sino porque nos habla de su muerte (primacía para muchos, a buen seguro), ampliando así la observación de CASTÁN. Según este autor, el rt. e-1., fue inventado en la Edad Media, como privilegio del señor feudal, pues el primero conocido es el feudal (derecho del "*señor*" de reintegrar al feudo inmuebles a él pertenecientes, en caso de venta por "*vasallos*"); a imitación suya, nacieron otros, llegaron a ser multitud (25), alcanzaron su apogeo y murieron con la Revolución Francesa; los revolucionarios, por ser privilegios feudales, clamaban por la supresión de varias instituciones (abajo los censos, el derecho de gavillas, etc.) y, también de ésta (abajo los retractos). Lo dicho es demagógico o revolucionario, en el sentido propio del término, inevitablemente, tanto si uno se siente próximo a la Pimpinela Escarlata como a Robespierre. La Asamblea Constituyente los derogó en 1790. En libro no jurídico, de ALBERT SOBOUL, "*La Revolución Francesa*", traducción de Pilar Martínez, Ediciones Orbis, Barcelona, 1985, se hallarán explicaciones omitidas, usualmente, en libros jurídicos. Citas literales de García Cantero:

"*Sin embargo, el Code civil no llegó a prescindir totalmente de la institución, y, aunque sin darles este nombre, conservó tres casos que la doctrina -con base en la obra fundamental de Pothier- calificó de retractos, a saber: el de coherederos*

(art. 841), el llamado de indivisión (art. 1408, pár. 2º), si bien nada tiene que ver con el nuestro de comuneros, y que ha desaparecido con la Ley de 13 de Julio de 1965, y el litigioso (art. 1699)", pero el juicio de los autores "*es, generalmente, desfavorable sobre la conveniencia del mantenimiento de la institución*".

Al parecer, García Cantero nos ha dicho, o así puede entenderse: El retracto, aunque perdure el uso del término en la doctrina, fue suprimido y, por tanto, la palabra no puede tener la significación del Ancien Régime.

En España, al medio siglo de la Revolución y medio antes de la promulgación del Código Civil, ya se intentó abolir los que había -tantos como en Francia-, los grandes desconocidos. Debe ser citado COCA PAYERAS, porque, si bien su propósito y conclusiones difieren, contradictoriamente, tanto del propósito como de las conclusiones alcanzadas en este trabajo, no rehuye la historia. [C. P., Miguel. Tanteo y Retracto, Función Social de la Propiedad y Competencia Autonómica. Cometa, S.A..- Zaragoza. 1988. Pr. págs. 88 a 106].

Según relata COCA, se presentó, en el Congreso de los Diputados, la proposición de Ley de 11 de Mayo de 1841 derogatoria de "*todas las leyes que autorizan en las ventas los retractos llamados de abolengo y comuneros*", prohibiendo, además, "*para lo sucesivo toda convención de retroventa o de derecho de tanteo y retroventa en la enajenación de la propiedad*". Aprobada la ley por el Congreso, aunque rebajada, como señala COCA, fue remitida al Senado y nunca más se supo de ella, porque un golpe de Estado acabó con la institución parlamentaria. Si en España no hubo estallido revolucionario, sí debió haber evolución y encarnizado contraste de ideologías, porque duró 150 años la confección de nuestro Código Civil y en él fueron abolidos todos los rts. e-1, excepto el de condóminos y el de finca enfitéutica y se instauró el de colindantes, quizá con el triunfo de la ideología revolucionaria porque, como señala COCA PAYERAS, en el libro citado, antecedente lógico necesario de la libertad de contratar, así como de la libertad de pactos, es la igualdad de todos ante la Ley y con ella no se compadece el privilegio. Por tanto, después del Código, si es indudable la permanencia del nombre "*retracto*", es quizá inadmisible con la significación de privilegio y no dejaría de serlo porque el privilegiado ya no fuera el señor feudal. El último paso histórico es la aparición, post guerra civil, de una legislación arrendaticia, en vigor tras algunas reformas, y el uso en ella, de nuevo, de la palabra retracto. Todos los retractos pertenecen a un tronco común, pues las normas de los arrendaticios remiten a las del CC y Lec., y por ello, quizá todos deben ser tomados en cuenta para intentar saber qué sea el retracto como género.

En resumen: El retracto nació noble, como todos los pactos. Al parecer, el retracto-pacto se pudo convertir en retracto ex lege, sin dejar de ser pacto inicialmente, precisamente porque el feudalismo comenzó como pacto, y hasta dan ganas de hablar enfiteudalismo o de tiempos enfiteudales, desde luego sin ningún fundamento, diferente de una vaga homofonía y por haberse reducido, casi absolutamente, a la enfiteusis, todos los posibles negocios sobre la propiedad, desde los tiempos de Carlomagno. Al retracto, tanto como a la enfiteusis, lo envileció la demagogia revolucionaria y sobrevivió, apenas como flatus vocis, a la codificación pero, ya simultáneamente a ella o poco después, en España, se hallarán escritos (han sido libros de texto para muchos) de quines se remontan al Antiguo Testamento o a decir que la tierra era, en algún tiempo, de todos para justificarlo o ennoblecerlo. Coetáneamente se hallarán otros libros de texto en los

que se tilda al rt. el. de privilegio (Sánchez Román). Casi a continuación de la codificación, vino a ennoblecer, definitivamente, el retracto la idea de las limitaciones del dominio, a la que se llegó pasando por el derecho de adquisición preferente. Hemos de habérnoslas, pues, con prejuicios muy cultos pues nadie usaría definiciones de tan buena apariencia, de no haber leído el BGB, el Enecerus o lo escrito por quienes los leyeron.

Noción positiva.

Se huirá de la adquisición preferente y del privilegio, no sólo por ser inadmisible o porque se adolezca de mentalidad demagógica, de lo que se acusará a quienes lo hagan, sin duda, sino por ser innecesarios tales conceptos. Quizá se obtenga noción de la institución preguntándose: ¿Qué puede conseguirse con él, para qué sirve el retracto ex lege? Para adquirir un bien (1.522, 1.523, 1.638 CC; 47, 48 LAU; 86 ss., LAR). El rt. e-1. se nos revela, en principio, como facultad de adquirir, sin calificarlo siquiera de derecho real, como se viene haciendo, quizá desde la Edad Media, a menos que se pretenda reincidir en el privilegio. Tal idea se toma de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN:

"*Esta eficacia frente a terceros del derecho de adquisición ha hecho que un sector de la doctrina piense que nos hallamos frente a auténticos derechos reales. En realidad, los derechos de tanteo y retracto son simples derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace posible la calificación antedicha, por cuanto que en ningún caso otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa*". (D-P, Luis y G, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Madrid. 1981).

Esta noción parece tan vaga como para sentir la necesidad de concretarla más, y para ello se cuenta con la palabra "*oportunidad*", siguiendo una idea magistral, porque la "*oportunidad*" de comprar ya no la tenemos todos.

ALBALADEJO. (Dº Civil, III, Dº de bienes, vol 2º, 6ª ed. Revisada por José Manuel González Porras. 1989. Barcelona); en la página 348 de este libro, puede leerse, referido al rt. de finca enfitéutica: es un retracto de dos oportunidades ["*Sistema de duplicidad de oportunidades*", y se añade: "*militan fuertes razones (no expresadas por el autor) en contra de la doble oportunidad*"].

El rt. e-1., pues, se nos presenta, segundo peldaño, como el derecho de adquirir de oportunidad única o, simplemente, una (subrayada) oportunidad de adquirir porque, si nos preguntamos cuántas veces se tiene el rt. e-1., la respuesta es: Una vez, no dos, con ocasión de cada venta o cesión en pago, con excepción del rt. de finca enfitéutica. Observación quizá perogrullesca, porque todos los derechos se tienen una sola vez, no dos, conforme al aforismo non bis in ídem, pero también es posible se refiera ALBALADEJO al mismo aforismo, al no expresar cuáles son las fuertes razones contra la doble oportunidad. Al respecto, reconociendo se pueda tildar de panacea a este punto de vista, es posible explicar la excepción, la doble oportunidad del rt. de finca enfitéutica, precisamente acudiendo al privilegio. Algunos, integrantes del legislativo de nuestro CC, pretendían, quizá, acabar con el censo, otros quizá no estuvieran tan dispuestos a terminar con el feudalismo y, tal vez, se llegó, sin proponérselo expresamente, a un compromiso: permanezcan los censos y, con ellos, su medicina, el rt. de doble oportunidad. La idea está tomada, aunque enlaza con la demagogía, en sentido

auténtico (recuérdese, abajo los censos), de una observación de CASTÁN (Derecho Civil..., Tº 2º, vol. 2º <<Los Derechos Reales Restringidos>>.- Rev. y pta. al día Pascual Marín Pérez, Madrid, 1988, pág. 307): "*El fundamento del tanteo y retracto enfitéuticos está en la conveniencia de que desaparezca la división de los llamados dominio directo y útil, que se estima como un estado imperfecto y perjudicial de la propiedad*".

Para nuestro legislador la institución no puede ser sino oportunidad única de adquirir, como nos permite verificar el último acontecimiento del fenómeno rt e-1, la legislación civil arrendaticia, porque, según ella, en todos los casos, sólo habrá retracto cuando no haya habido tanteo, y éste no es un derecho del arrendatario, no existe un derecho de adquirir antes de la venta, aunque lo repitan unos y otros, sino una facultad del arrendador, concedida a éste, no al arrendatario, para eludir el retracto, precisamente (LAU 48.1, LAR 88).

Pese a lo dicho, no se toma la definición de los autores sino, definitivamente, de la, relativamente reciente STS de 30 de Octubre de 1990, ponente Sr. Martínez Calcerrada. En ella se dice del retracto: "*el significado que ostenta ... no es otro que conferir al comunero la posibilidad de adquirir la cosa... objeto de su condominio o comunidad*".

Efectivamente, en algún momento, se siente la necesidad de conceder a algunas personas una oportunidad de comprar, porque el dueño ha de vender a quien quiera, en eso consiste la propiedad. Esta observación nos da pie a formularnos la siguiente pregunta: ¿Por qué ha de darse a determinadas personas esa oportunidad de adquirir llamada genéricamente retracto ex lege? Fijémonos en que, hasta ahora, todos, o muchos al menos, se suelen formular las siguientes preguntas: ¿Por qué ha de concederse el retracto de condómino, al copropietario? ¿Por qué ha de concederse, o inventarse, si hemos de creer al legislador, el retracto de colindantes? ¿Por qué ha de concederse al arrendatario el retracto arrendaticio? Dije que todos suelen formularse las preguntas dichas porque las respuestas están catalogadas o son tópicas: para terminar con las discordias de los condóminos, para drenar el sistema de fincas pequeñas, para promocionar al arrendatario. Pero la pregunta inquietante, por ello se repite, es la primera: ¿Por qué ha de darse a determinadas personas esa oportunidad de adquirir llamada genéricamente retracto ex lege? Parece pregunta tonta ya que no admite sino una respuesta: Porque no la han tenido antes pues, de haberla tenido, a nadie podría ocurrírsele concederla de nuevo. Sin embargo, parece la pregunta clave a formularse en esta materia. En consecuencia, corriendo el riesgo de haber descubierto el Mediterráneo, tercer peldaño, puede definirse el rt. e-1. como "una oportunidad de adquirir, concedida por el legislador a algunas personas, por su especial relación con la cosa, cuando han carecido de oportunidad de adquirir, porque han carecido de ella o siempre que hayan carecido de ella". Con ello parece que nos acomodamos a la doctrina de la sentencia citada.

La venta a consecuencia de la subasta.

Interesa, sólo, la subasta coactiva y notar las diferencias entre la venta, a consecuencia de la licitación, porque en la licitación no se compra, y la privada. Las siguientes parecen ser las notas de la venta en subasta:

1. Objeto: Lo embargado o hipotecado, excepto el dinero, sueldos, etc. (1.481 Lec).

2. Precio determinable, en principio (1503 Lec), por licitación, en beneficio del deudor.

3. Nadie, si consigna depósito, será excluido, (1500 Lec) pero sólo podrá adquirir el óptimo postor (1503 Lec).

4. Publicidad indispensable de la licitación (1488 Lec), a fijar en el sitio de costumbre o/y publicar en los mismos periódicos donde las leyes. Publicidad, adicional, de la oficina judicial (1496 Lec., vide infra).

5. Momento, sólo el señalado y anunciado ("*con expresión del día, hora y sitio*", 1488 Lec), so pena de nulidad radical. Inadmisible un licitador retrasado.

6. Se presume conocida por todos o es de imposible desconocimiento (772 Lec).

7. Se compra a voluntad del adjudicatario (1513 Lec), ejercitando la opción, adquirida tras la licitación.

La venta privada.

Las siguientes parecen ser sus notas características, contrapuestas, oponibles a las de compra en subasta:

1. Objeto. Cualquier bien o derecho, el que se quiera (1271 CC).

2. Precio cierto, determinable no importa siguiendo qué iter (1445, 1446, 1447 CC).

3. Comprador, el preferido por el vendedor, intuitu personae, con raras excepciones (1547 § 2 CC).

4. Publicidad o anuncio no obligatorios, ni siquiera post venta ("*La inscripción ... podrá pedirse*", pero no es obligatoria, 6 LH).

5. Momento de la venta puede ser cualquiera, nadie suele estar obligado a concertarla en un tiempo determinado.

6. Se admite, salvo inscripción posterior, el desconocimiento del no comprador (38 LH).

7. No hay, includiblemente, opción previa a la compra sino libertad de pactos (1255 CC).

Hemos dicho que hay, además del edicto, una publicidad adicional de la oficina judicial. Comparecemos ambas publicidades, la registral y la de la oficina judicial. Se apreciarán coincidencias.

Publicidad Registral.

1. Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos (221 LH).

2. Los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación. (222 LH).

3. Los Registradores expedirán certificaciones: ... De los asientos ... De asientos determinados ... sobre ciertos bienes... (223 LH).

Publicidad Judicial.

1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento (232.1 LOPJ).

2 Los Secretarios y personal competente de los Juzgados y Tribunales facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley. (234 LOPJ). Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley (235 LOPJ).

3. ... En los mismos casos, se expedirán los testimonios que se soliciten, con expresión de su destinatario, salvo en los casos en que la ley disponga otra cosa (LOPJ 234 in fine).

Respuesta.

Si el rt. e-1. es una oportunidad de comprar, concedida a quien no ha podido disfrutar de otra, si, por ello, no hay retracto cuando ha habido tanteo, tampoco debe haber retrayente e-1 tras la subasta, porque ésta es oportunidad de comprar, como el tanteo. Si está prohibido el privilegio y el retrayente ha de someterse, en comparación con cualquier otro (1.521 CC) a igualdad, ésta se cumple en la subasta, oportunidad igual para todos, de la que deriva la exigencia de una publicidad anterior a la venta, reforzada por la publicidad de la oficina judicial, ambas inimaginables en una venta privada. La publicidad es de tal índole como para superar a la registral, sin perjuicio de ser considerada inadecuada y susceptible de mejora, circunstancia que no empece la respuesta correcta. El retracto tras la subasta no sólo vendría a constituir un privilegio extraordinario, porque equivaldría a la adjudicación de la opción de compra a quien no asistió a la subasta, como si hubiera asistido y hubiera ofrecido el óptimo precio, sino que sería semillero de perjuicio para el ejecutado, por amilanamiento de otros licitadores, y, finalmente, sería contradictorio de la prohibición de licitador retrasado, pues la subasta se ha de celebrar en el día, hora y sitio señalados. La igualdad de todos ante la Ley (14 CE) exige la supresión del retracto tras la subasta, aunque, a consecuencia de ella, se haya vendido finca enfitéutica y el retracto relativo a tales fincas haya sido regulado como oportunidad doble (1.638 CC), porque la Constitución tiene efecto retroactivo, al derogar las normas contradictorias de ella.

Cada legislador tiene su manera de expresarse. El alemán, por ejemplo, § 512 BGB, prohibe expresamente el retracto tras la subasta; el francés ya se sabe lo que hizo; el español consigue el mismo efecto que el alemán sin, aparentemente, haber establecido prohibición expresa. Cuando en nuestras normas se dispone que el retracto siga a la venta, no se contempla el supuesto de venta en subasta con adjudicación al óptimo postor. Entonces, aplicando la norma al supuesto no contemplado (lo cual, dicho sea de paso, no puede hacerse en el BGB, porque no hay en equivalente a nuestro Título Preliminar). Como se ha llegado a la venta, en la subasta, por camino toto coelo diferente del marcado para la venta privada, no cabe aplicación de la norma por analogía, pues, para ello, se requiere parecido

entre el supuesto contemplado y el no contemplado, igualdad entre ellos o razón semajante.

Scholion.

1) Los Sres. Registradores quizá ya no deberían exigir, como hacen algunos, a los adquirentes en subasta, la manifestación escrita de no haber arrendatarios.

2) Los Órganos de la Administración de Justicia quizá no deben ocuparse, como hacen algunos, de hacer constar en el Auto de Adjudicación, si hay o no arrendatarios.

3) Los mismos Órganos quizá ya no deberían estimar la pretensión de impugnación de la venta, por exceso de precio (LAU 53.2º), cuando la venta haya sido en subasta, porque en tal supuesto el arrendatario carece del derecho de retracto y la posibilidad impugnatoria procede, sólo, cuando no se ha usado del retracto a pesar de tener derecho a él, pero no cuando no se ha usado del retracto porque no se ha podido, por carecer de él.

La sustitución de créditos hipotecarios

Por **CELESTINO PARDO NUÑEZ**
Registrador de la Propiedad

(Tomado de La Ley, núm. 3499 de 15 de abril de 1994)

SUMARIO:

I. Lucha internacional por el uso del capital.- II. Riesgo de la inversión: factor decisivo.- III. Sustitución de créditos: índice de la eficiencia del ordenamiento hipotecario.- IV. La conservación del rango de la hipoteca: objeciones.- V. La admisibilidad de la sustitución por novación del crédito asegurado: el Proyecto de 1851.- VI. El Anteproyecto.- VII. El Código Civil: artículo 1207.- VIII. La imposibilidad de generalizar la sustitución de créditos en nuestro Derecho.- IX. La sustitución por novación no es verdadera excepción al principio general prohibitivo.- X. La explicación tradicional.- XI. La persistencia de la causa originaria en el crédito nuevo.- XII. ¿Cuándo hay perjuicio para tercero según el artículo 1207 del Código?- XIII. La relatividad del concepto de <<perjuicio>> según cuál sea la naturaleza de la garantía.- XIV. Importancia de la cuestión: el acceso a la hipoteca del crédito de proveedores.- XV. Propuesta.

RESUMEN

La eficacia de un sistema hipotecario depende, en gran medida, de su flexibilidad. Uno de los índices que permiten apreciarla es la admisión de la sustitución de créditos hipotecarios y, en su caso, el alcance con que esa admisión se produce. El texto que se presenta trata de demostrar que nuestro Derecho admite la posibilidad de sustituir un crédito asegurado con hipoteca por otro distinto siempre que el segundo nove al primero. Esta interpretación tiene su apoyo en el art. 1207 del Código Civil. Este resultado se nos presenta, en nuestro Ordenamiento, como el punto más avanzado a que el intérprete puede llegar: irrebasable si nos atenemos a los principios que sustentan nuestro Derecho Civil tradicional, tal como los recoge el Código. En resumen, como veremos, la sustitución sólo es posible cuando ambas obligaciones se justifican en la misma causa: a la inversa, no es posible la sustitución cuando las obligaciones tienen causas distintas.

Interesante para el práctico es que, para realizar la sustitución por novación, no sólo no se precisa del consentimiento de los acreedores hipotecarios posteriores, sino ni siquiera el del propietario de la finca, siempre que pueda desecharse que la sustitución pueda perjudicar a unos u otros.

I. LUCHA INTERNACIONAL POR EL USO DEL CAPITAL

Cuando el capital es escaso (1), y por consiguiente caro, no hay duda de que la *solidez* de las garantías, que el prestatario puede ofertar, se convierte en uno de los factores decisivos que decidirán al prestamista a asumir el riesgo (2) de la inversión.

Por esta misma razón, desde una perspectiva ciertamente más general, es necesario aceptar la conclusión de que la posición competitiva que cada país puede aspirar a ocupar en un marco económico, definido por lucha internacional por la captación de capitales, estará asimismo condicionada por la fortaleza y flexibilidad del ordenamiento jurídico de las garantías que decida adoptar.

Hoy ha devenido un lugar común al afirmar que en el mundo financiero no hay crédito si falta la *oportuna garantía*: hasta tal punto el curso de los tiempos ha venido a cargar de razón a los ideólogos hipotecarios del XIX.

II. RIESGO DE LA INVERSIÓN: FACTOR DECISIVO

Ahora bien, no todas las *garantías* son iguales ni están pensadas para desempeñar la misma función. No deja de ser una paradoja que, sobre todo en las situaciones de crisis, cuando el exceso de riesgo desanima al inversionista, sean los inmuebles los únicos que pueden conseguir que el dinero, el mueble por excedencia, cumpla con su función: se movilice.

La hipoteca reduce el riesgo y, en consecuencia, modera el coste de capital. Lo cierto es, sin embargo, que por mucha que sea la necesidad de capital que tenga una nación, y, en consecuencia, su demanda de crédito, su capacidad de ofertar garantías inmobiliarias es siempre limitada.

Es, en este contexto, cuando se vuelve obligada la pregunta por la <<eficiencia>> (3) del sistema hipotecario. Hay un evidente despilfarro cuando la capacidad de garantía que pueda proporcionar el patrimonio inmobiliario de una nación está infrautilizada, cuando se impide extraer de las fincas todo el crédito de que serían capaces: un máximo de capital con un mínimo coste.

III. SUSTITUCIÓN DE CRÉDITOS: ÍNDICE DE LA EFICIENCIA DEL ORDENAMIENTO HIPOTECARIO

No deberían existir dudas de que trabas injustificadas, que cercenen la *movilidad* de la garantía inmobiliaria disponible, no hacen más que acentuar las dificultades que su misma escasez comporta: toda rigidez en este punto precisa

ciertamente justificación y no cualquier justificación desde luego.

Bastaría lo dicho hasta ahora para demostrar que el estudio del problema de la *flexibilidad* de la hipoteca no es una estéril discusión a que tan acostumbrados nos tienen los hipotecaristas sino que, todo lo contrario, tiene importancia capital: la materia tiene la suficiente importancia para no dejar su regulación, o interpretación, en manos de los dogmáticos exclusivamente.

La hipoteca, en mayor o menor medida según los países, tiene siempre valor propio y reclama independencia, por mínima que sea, frente al crédito que asegura: la hipoteca totalmente inactiva, inerte, no deja de ser más que una forma de la hipoteca inútil o superflua.

Pues bien, puede afirmarse que el grado de flexibilidad de la hipoteca es función de la posibilidad de proceder a la sustitución de créditos hipotecarios; no cabe hablar seriamente de flexibilidad si el sistema no tolera, en modo alguno, la sustitución del crédito asegurado (4).

Y sustitución es palabra que designa un fenómeno preciso: sustitución de créditos hipotecarios, propiamente dicha, sólo existe si la hipoteca permanece y conserva su *rango*, aunque pase a asegurar un crédito distinto de aquel en cuya garantía se había constituido.

IV. LA CONSERVACIÓN DEL RANGO DE LA HIPOTECA: OBJECIONES

La pregunta decisiva es pues ésta: ¿conserva *rango*, en nuestro Ordenamiento hipotecario, la hipoteca que deja de garantizar una obligación para asegurar otra distinta? Dicho de otra manera: ¿hasta qué punto el propietario de la finca y los titulares de derechos reales sobre ella, posteriores a la hipoteca, han de pasar por la sustitución de créditos acordada sin su consentimiento?

Desde luego la admisión de semejante resultado, en su formulación más genérica, sería contraria a nuestra tradición jurídica. Las razones de consecuencia semejante son fáciles de entender: *res inter alios acta aliis non nocet.*

i) Las garantías, en general, son accesorias: su suerte está ligada a la de la obligación que aseguran. La hipoteca se concede por y para una obligación determinada y lo mismo que no es indiferente al propietario del inmueble cuál sea en concreto la asegurada, tampoco lo es para los acreedores intermedios. No hay duda de que no todas las obligaciones son igualmente gravosas y, en consecuencia, que no es idéntica la propensión del deudor a pagarlas.

ii) En el caso de la hipoteca este resultado se reafirma por otra razón: extinguido el primer crédito asegurado con hipoteca, ascienden automáticamente de rango los siguientes: el llamado principio de ascenso automático de puestos. En resumen, en nuestro Derecho, acreedor y deudor, juntos o por separado, no pueden, por sí solos, desafectar la hipoteca de una deuda para vincularla, manteniendo rango, a otra diferente. Ni siquiera el deudor puede intentar <<colar>> un segundo crédito en el <<vacío hipotecario>> dejado por la desaparición del primero (5).

V. LA ADMISIBILIDAD DE LA SUSTITUCIÓN POR NOVACIÓN DEL CRÉDITO ASEGURADO: EL PROYECTO DE 1851

El Derecho común reconocía a este efecto, a lo que parece, una *única excepción*, formulada por lo demás en términos muy precisos: la sustitución de un crédito asegurado por otro distinto, sin pérdidas de rango, es posible si concurren dos condiciones:

i) que las partes autoricen expresamente mediante un *pacto* especial en la misma escritura de constitución de la hipoteca.

ii) que el nuevo crédito no se limitase a sustituir al primero: era además preciso que lo *novase*.

El principio general era, también en este caso de novación, por supuesto, el opuesto. En caso de *liberación* o extinción de la obligación asegurada, se extinguen con ella todas las accesorias, entre las que, sin duda, están comprendidas las garantías como la fianza, prenda o hipoteca: *in onmibus speciebus liberationum, etiam accessiones liberantur* (6).

En resumen, la novación de la obligación principal extinguía también la hipoteca, pero cabía eliminar este resultado por acuerdo entre las partes:

<<Cuando por pacto especial continuasen las hipotecas, el acreedor conservará sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba la primitiva obligación como si ésta no se hubiese *novado*>> (7).

El pacto sólo tenía un límite que todavía recuerda GARCÍA GOYENA: <<no cabe la sustitución si los terceros resultasen perjudicados; la posición de los acreedores hipotecarios (posteriores) queda (debe quedar) siendo la misma>>, de modo <<que no tengan motivo para quejarse>> (8).

Esta doctrina había sido recibida en el Proyecto de 1851 a través del Código napoleónico: *superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tamquam in suum locum succedenti* (9).

VI. EL ANTEPROYECTO

Lo importante es el cambio de perspectiva a que somete la cuestión el redactor del *Anteproyecto* Lo esencial ahora no es ya la existencia de *pacto sino la ausencia de perjuicio*: concretamente, cuando los titulares de derechos reales en la cosa hipotecada posteriores en rango a la hipoteca no pueden probar, por razón de la sustitución, daño en su actual posición jurídica.

Por consiguiente, cabe la sustitución de créditos por novación si se demuestra que no existen terceros que puedan resultar perjudicados por el cambio. El precepto concordante con el antecedente del Proyecto, en su nueva redacción, por lo demás, deja de presentarse como excepcional y se transforma en Derecho normal (10).

No es necesario un pacto expreso permitiendo la sustitución, ésta será siempre posible en tanto en cuanto pueda acreditarse que no resultan perjudicados terceros que no la hayan consentido. Sobra ya toda previsión expresa en la escritura de préstamo hipotecario autorizando la sustitución por novación, es una facultad legal de que se pueden servir acreedor y deudor siempre que eliminen la posibilidad de daños a terceros.

La *autonomía* de la hipoteca respecto al crédito es, por esta vía,

especialmente respaldada por el Código Civil que, en este punto, no hace más que profundizar el camino iniciado por la Ley Hipotecaria, quien ya se había alejado definitivamente de la concepción tradicional que aproximaba la hipoteca a una variante de la fianza: la llamada <<fianza real>>.

VII. EL CÓDIGO CIVIL: ARTÍCULO 1207

El art. 1207 del Código Civil recogió la doctrina del Anteproyecto. Lo curioso es que el precepto no haya merecido mayor atención de la doctrina (11) hipotecarista: aún hoy, está totalmente huérfano de desarrollo reglamentario y, aunque hay razones para pensar que, en su fuero íntimo, no debería repugnarle el pensamiento del codificador, lo cierto es que el legislador hipotecario tampoco se planteó de modo expreso el problema.

Al contrario, lo cierto es que el Reglamento cegó toda posibilidad de proceder a un entendimiento <<progresivo>> de la cuestión cuando, ya en 1862, su art. 111 dispuso en general que la novación del crédito asegurado por la hipoteca debía producir un doble asiento: el de cancelación del primitivo crédito hipotecario y el de constitución de un nuevo crédito (11 bis).

Implícitamente suponía esta solución que la hipoteca en garantía de un crédito novado no podía conservar su fecha. Perdía en consecuencia su rango y se ponía a la cola: su puesto lo definía la fecha de la nueva inscripción. De este modo, por muchos años, se negó, en nuestro Derecho, la posibilidad de proceder a una sustitución de crédito hipotecarios ni siquiera por novación.

La publicación del Código no produjo en este punto cambio alguno: el viejo art. 1207 del Código no mereció la menor consideración a pesar de que claramente disponía que la sustitución de créditos por *novación* no hace perder fecha a la hipoteca si se prueba la inexistencia de perjuicio para los terceros (titulares intermedios de derechos reales en la cosa hipotecada).

VIII. LA IMPOSIBILIDAD DE GENERALIZAR LA SUSTITUCIÓN DE CRÉDITOS EN NUESTRO DERECHO

Con todo, el precepto civil está vigente, por lo que la sustitución es posible, si los terceros no resultan perjudicados y el crédito nuevo nova el antiguo.

Sin duda el lego no comprenderá esta limitación: ¿por qué, se preguntará, sólo es posible la sustitución cuando intermedia la novación y no en general? Lo discutible, pensará, es si un crédito puede usar la hipoteca de otro pero, una vez admitida esa posibilidad, no se ve la razón de que se limite el efecto sustitutivo sólo para el caso de que el crédito sustituto nove al sustituido.

Lo cierto, sin embargo, es que, dados los presupuestos en que nuestro Derecho se mueve, no parece posible otra solución (más avanzada). Nuestra *hipoteca* ordinaria es *accesoria de un crédito preciso y determinado* y no cabe saltarse *totalmente* este límite.

IX. LA SUSTITUCIÓN POR NOVACIÓN NO ES VERDADERA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO GENERAL PROHIBITIVO

La razón, que ampara en este caso la sustitución, es sencilla: el crédito que de la novación resulta sigue siendo el mismo crédito que el antiguo. Lo que hay que destacar es que, aunque *materialmente* el crédito novado y el que la novación genera son distintos, y *substancialmente* son el mismo.

Esta es la razón que justifica la posibilidad de la sustitución (por novación) de uno por otro sin que la hipoteca pierda su rango. No hay verdaderamente sustitución en razón de que no son créditos distintos: en consecuencia, no cabe hablar de quiebra alguna de la accesoriedad de la hipoteca cuando se permite que subsista.

Esta conclusión, sin duda, no es evidente a primera vista, pero es exactamente la que corresponde a nuestra tradición romanista. Los créditos, en nuestro Derecho, no se distinguen entre sí en razón del diferente objeto sobre el que recaigan o de su distinto contenido: en nuestro Derecho los créditos se identifican y singularizan *sólo* en razón de su causa (12).

Dos créditos que tengan la misma causa serían por hipótesis de ejercicio incompatibles: o el uno o el otro. No hay, en cambio, inconveniente alguno en que uno <<sustituya>> al otro, siempre que lo extinga: porque la causa es la misma, el crédito seguirá siendo todavía el mismo (13).

X. LA EXPLICACIÓN TRADICIONAL

Nuestro mejor especialista en la materia ha aclarado esta cuestión en términos, por lo demás, sencillos. En concreto enseña:

<<Lo característico de la novación (es) la interpretación causal, la unidad compleja e inescindible; en cierto modo se encuentra ya en la definición de ULPIANO: ... *hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur ut prior perimitur.* Hay novación cuando la nueva obligación priva de causa -en el sentido del art. 1274 del Código Civil- a la anterior tomándola para sí, con lo que la primera deviene ineficaz conforme al art. 1275 y su cumplimiento repetible con arreglo al art. 1895 (ambos del mismo Código); las dos obligaciones son "*de todo punto incompatibles*" cuando la *segunda* no tiene otra *causa* que la *misma* de la obligación *anterior*, la *cual*, para *cederla*, tiene que sucumbir; pero si hubiese causa explicable distinta para la segunda obligación (incluso la mera liberalidad) no hay novación tácita sino acumulación>> (14).

XI. LA PERSISTENCIA DE LA CAUSA ORIGINARIA EN EL CRÉDITO NUEVO

La hipoteca que pasa a garantizar el nuevo crédito, que la novación genera, asegura todavía, en lo sustancial, la misma obligación, en cuanto su causa sigue siendo la misma que la de la antigua.

El art. 1207 del Código, por lo tanto, no regula un verdadero caso de sustitución de créditos por la sencilla razón de que cuando se nova un crédito y, en consecuencia, nace como resultado de la misma novación otro, nunca dejó de haber un único crédito.

La hipoteca, aunque subsista, sigue siendo rigurosamente accesoria: no ha dejado de garantizar una misma relación obligatoria. La

hipoteca asegura una unidad compleja e inescindible, *gobernada* por la *misma causa* aunque servida, en momentos temporales distintos, por dos obligaciones diferentes.

El único *límite* que el art. 1207 impone a la permanencia de rango en la hipoteca consiste en que los terceros nunca pueden resultar perjudicados como consecuencia de la operación.

Las partes pueden pactar lo que quieran y, en consecuencia, pueden atribuir la nueva obligación que nova la antigua a la *misma* causa. Ahora bien, cuando se trata de la subsistencia de obligaciones en que están implicados terceros, que pueden resultar perjudicados, es preciso el consentimiento de éstos o prueba suficiente de que no resultan perjudicados por el cambio.

XII. ¿CUÁNDO HAY PERJUICIO PARA TERCERO SEGÚN EL ARTÍCULO 1207 DEL CÓDIGO?

Problemas menores desde un punto de vista teórico, aunque en ese punto se decide todo el valor práctico de la interpretación propuesta, derivan del entendimiento que, en concreto, ha de hacerse de la <<ausencia de *perjuicios*>>: ¿en qué casos el tercero resulta perjudicado?

Aunque se acepte la doctrina jurisprudencial (15) que entiende que el cambio de objeto o las condiciones principales (art. 1203.2 del Código) demuestra incompatibilidad de la situación anterior y la nueva (art. 1204 del mismo Código), y por lo tanto impone el efecto novatorio, lo cierto es que no toda novación supone perjuicio, pues en este caso sobraría el art. 1207.

En efecto, este precepto parte de la hipótesis de que novación y perjuicio no son lo mismo; por ello, a falta de éste, cabe subsistan las accesorias aunque exista novación de la principal. No cabe duda que el objeto de la obligación garantizada puede sustituirse y las condiciones principales cambiarse de modo que se suavice la onerosidad de la obligación del deudor, se facilite el cumplimiento voluntario y, en consecuencia, los terceros resulten favorecidos (15 bis).

XIII. LA RELATIVIDAD DEL CONCEPTO DE <<PERJUICIO>> SEGÚN CUAL SEA LA NATURALEZA DE LA GARANTÍA

Por lo demás <<ausencia de perjuicio>> no es un concepto con el mismo alcance y significado para todas las garantías, cualquiera que sea su naturaleza.

La misma variación puede acarrear perjuicio al fiador y dejar indiferente al hipotecante no deudor, tercer poseedor o titulares posteriores de derechos en la finca hipotecada.

Perjuicio es un concepto a perfilar en atención a la especial posición jurídica que en cada caso ocupe el presunto perjudicado. El cambio de deudor extingue evidentemente la fianza a falta de consentimiento del fiador en oposición a lo que pasa con la hipoteca: basta recordar el art. 118 de la LH (16).

Más dudosa parece la prórroga que libera al fiador (art. 1851 del Código), pero *¿quid* del responsable hipotecario? (17). Aunque la cuestión puede discutirse, me inclino a pensar que la hipoteca susbiste desde luego si, con arreglo al criterio del art. 153 de la Ley Hipotecaria, se han previsto, en la escritura de constitución, el número y alcance de las prórrogas (18). A falta de prórroga, se ejecutará en primer lugar (art. 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) el crédito sobre la finca hipotecada, por lo que directamente perjudicado sería el propietario, no el deudor (19).

La razón dogmática que explica la singularidad de la posición jurídica del garante hipotecario (propietario de la finca) consiste en que carece de todo derecho sobre la conducta del deudor.

No cabe aquí, por ejemplo, relevación de la garantía hipotecaria, al modo del art. 1843 del Código, por muchos que sean los indicios sobre la inevitabilidad o inminencia de un futuro incumplimiento del deudor. Asimismo, una vez producido el incumplimiento, la hipoteca se ejecuta sin que el hipotecante pueda exigir que el acreedor excuse antes el patrimonio del deudor (art. 1830 del Código). El acreedor hipotecario, que incumple, no infringe, en principio, obligación alguna para con el tercer poseedor, por lo que, si éste paga, no tiene derecho a ser indeminizado: al contrario que el deudor, que sí está obligado con el fiador a pagar la deudoa asegurada (Cfr. la amplia cobertura que admite el art. 1838 del mismo Código). (20).

La hipoteca no garantiza que el deudor cumplirá, sino simplemente y a secas que el crédito asegurado se abonará: no garantiza al deudor, sino únicamente la deuda (21).

XIV. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN: EL ACCESO A LA HIPOTECA DEL CRÉDITO DE PROVEEDORES

Desde esta perspectiva no puede por menos de calificarse como de precipitada la opinión que achaca una inflexibilidad radical al sistema hipotecario español; en todo caso, más bien, inflexibilidad sería la de sus intérpretes.

Y ciertamente es así. En consecuencia, la derogación del art. 240 del Reglamento tendría evidente sentido desde el punto de vista de una política hipotecaria pensada desde la necesidad de conseguir la máxima economía de garantías.

Así el acreedor, pensamos concretamente en el proveedor, que renueva cada año su crédito podría hacer servir la misma hipoteca, que conservaría su rango, para asegurar las sucesivas renovaciones siempre que el nuevo crédito extinguiese el primitivo renovado y sus condiciones no sean más gravosas para terceros que las del antiguo (22).

El crédito hipotecario común dejaría de ser una figura monopolizada principalmente por el mercado de viviendas, o buscada casi exclusivamente con la vista puesta en facilitar el acceso a la propiedad, para empezar a transformarse en un producto interesante en el tráfico entre comerciantes y, en general, entre empresario.

La importancia práctica de semejante construcción es que la hipoteca, sea uno u otro el crédito asegurado, es una hipoteca ordinaria y siempre que la nueva obligación se inscriba en el Registro el acreedor tendría abierto el acceso directo al judicial sumario: su característica más apreciada por los financiadores que operan en nuestro mercado hipotecario.

XV. PROPUESTA

A la vista del art. 1207 del Código Civil sería procedente una

reforma reglamentaria de un tenor parecido al siguiente:

<<La novación del crédito hipotecario será inscribible una vez la acuerden acreedor y deudor. Se presume la ausencia de perjuicio para terceros y, en consecuencia, la hipoteca conservará su rango, siempre que ninguna de las condiciones esenciales del nuevo crédito, con trascendencia hipotecaria, resulte ser más oneroso que las equivalentes del antiguo>>.

Pregunta distinta es si el art. 1211 del Código se mantiene en este mismo círculo interpretativo (el mismo que justifica la lectura del art. 1207 que se propone en el texto) y sobre todo si la reforma que se discute en el Parlamento no cambia substancialmente los términos de la cuestión (23).

Celestino PARDO NUÑEZ.

NOTAS:

(1) Sobre la escasez y consiguiente carestía del capital cfr. W. J. BAUMOL, <<Macroeconomics of Unbalanced Growth: The Anatomy of Urban crisis>>, en *American Economic Review*, 6/1967, 423: <<... inexorable y acumulativamente los presupuestos seguirán creciendo con casi toda seguridad en el futuro...>>.

(2) Sobre los problemas del coste de capital disponemos los juristas en este país, de una magní-fica exposición, cuyos principios superan el ámbito concreto de que se ocupa, J. BISBAL, *La empresa en crisis y el Derecho de Quiebras*. Bolonia, 1986.

(3) Con este barbarismo se suele designar el objetivo general de la ciencia económica: obtención del <<máximo resultado de nuestros esfuerzos productivos>>, máximo beneficio con mínimo coste. Cfr. P. y R. WONNACOTT, *Economía*, Madrid. 1985, págs. 15 y 16.

(4) Para la sustitución de créditos en Derecho alemán M. WOLFF, *Derecho de cosas*, Barcelona, 1971, pág. 217. Recono-cida en aquel derecho con mucha más amplitud que en el nuestro -en cuanto es posible el cambio de créditos sin necesidad de que se produzca la novación del primero por el segundo-, se exige, en cambio, en principio, siempre el consentimiento del propietario. Más reciente, en el mismo sentido, F. LENT y K.H. SCHAWAB, *Sachenrecht*, München, 1979, pág. 214: <<Sie erfordert einen dinglichen Vertrag zwischen Eigentümer und Gläubiger und Eintragung im Grundbuch>>.

(5) El hecho de que no suban automáticamente de puesto las hipotecas posteriores a la extinta no es prueba de un sistema de puestos fijos; esta consecuencia es impedida en Derecho alemán, donde también rige el ascenso automático de puestos, porque el <<hueco>> generado por la cancelación de la hipoteca es <<llenado>> con una deuda inmobiliaria de propietario. Cfr. WOLFF, cit., pág 299: así se consigue un efecto semejante al sistema de puestos fijos sin serlo.

(6) D. 46, 3, 43.

(7) Art. 1140 del Proyecto en F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español 2*, Madrid, 1852, pág. 158.

(8) GARCÍA GOYENA, cit., págs. 158 y 159.

(9) Cfr. D, 20, 4, 3 y 20, 4, 5, 12. Para el Code vid. art. 1278: <<Les privilèges et hypothèques de l'an-cienne crèance ne passent point á celle qui lui est substituée, à moins que la créancier ne les ait expressément rèservés>>.

(10) Cfr. art. 1224 del Anteproyecto en M. PEÑA, *El Anteproyecto del Código Civil español*, Madrid, 1965, pág. 382, cuya redacción anticipa (coincide) *exactamente la actual* del art. 1207 del Código Civil.

(11) Una importante excepción es J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, <<El artículo 1207 del Código Civil>>, en RCDI, 1973, págs. 413 y ss. Dice el art. 1207 del Código: <<Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento>>. Sobre la inclusión de la hipoteca, entre las accesorias a que se refiere el artículo, no duda CAPEROCHIPI, cit., pág. 1416, que remite al art. 1140 del Proyecto: cfr nota 7 y el texto que aclara.

(11 bis) Cfr. COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes hipote-carias y registrales de España I*, Madrid, 1974, pág 417: <<Artículo 111. Conforme al artículo 144 de la Ley, cuando el hecho o convenio entre las partes produzca novación total o parcial (?) del contrato inscrito, se extenderá una nueva inscripción y se cancelará la precedente>>. Texto igual al del art. 240 del actual Reglamento. El art. 144 de la Ley no impone la cancelación: no hace pronunciamiento expreso.

(12) De la importancia de causa es ejemplo la propuesta termino-lógica de F. CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 203: <<La naturaleza del negocio, según su causa, se determina no sólo conforme a lo establecido por la ley para cada tipo (esquema formal), sino también por su carácter, conforme a la clasificación general de causas establecida en el art. 1274>>. La naturaleza de la novación está en la asunción (absorción) de la causa de la obligación novada.

(13) Nuestro sistema no admite dos obligaciones, absolutamente independientes, con apoyo en la misma causa en el sentido del art. 1274 del Código Civil, precisamente porque no admite el negocio abstracto. Cfr. A. VON TUHR, *Derecho Civil, Teoría general del Derecho Civil Alemán, III. I*, Buenos Aires, 1948, págs. 141 y 142: <<El acreedor, para la misma prestación, dispone de dos pretensiones concurrentes... si se satisface el crédito causal, el crédito abstracto no se extingue *ipso iure*...>>. Comparar, para el Derecho español, la diferente solución del art. 1170 del Código en el caso de concurrencia de dos créditos con la misma causa: la realización de la letra o el efecto provoca la extinción *automática* de la obligación subyacente (causal) cuyo ejercicio está *suspendido*.

(14) F. SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1980, pág. 563. Cfr. también *ibidem*, pág. 532: <<En los casos de novación no se cambia la causa... de la *prior obligatio* y, al cambiarla, la extingue y nace otra que la sustituye. No; obsérvese que es una novación típica... no sucede que el contrato novativo *sustituya* al originario y, entonces, la obligación nacida de éste cambie; si se estipula que en lugar de pagar el precio en dinero se prestará un servicio, la causa originaria del pago del precio siendo el contrato de compraventa, en cierto sentido, a través de la novación, lo es también de la *nova obligatio*>>.

(15) La sentencia de 1 de abril de 1909 que, para excluir novación, liga el criterio de <<compatibilidad>> de los créditos y el de accidentalidad de las modificaciones producidas. Cfr. SANCHO, cit., pág 565: si se varía el objeto o las condiciones principales no

hay subsistencia modificada, sólo queda la novación extintiva o la acumulación (de la nueva obligación a la antigua).

(15 bis) La modificación (falta de novación) es prueba suficiente de la ausencia de perjuicio de tercero: sólo indicio, pero no prueba segura. Insisto en que novación y perjuicio no son lo mismo. Cabe novación sin perjuicio (art. 1207 del Código) y, a la inversa, perjuicio sin novación (Cfr. art. 1815, en que la prórroga de la obligación principal, que no se entiende alteración de condición *principal* por la Jurisprudencia -sólo hay novación cuando el término es esencial: sentencias de 4 de abril de 1892, 23 de mayo de 1916, 6 de febrero de 1928, 24 de noviembre de 1943 y 26 de febrero de 1944; para los orígenes de esta doctrina cfr. M RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, Madrid, 1951, págs. 3667 a 3670-, y sin embargo extingue la fianza). En consecuencia, la simple modificación no excluye el perjuicio.

(16) GARCÍA GOYENA, cit., pág. 158, negaba todavía el efecto del art. 118 de la Ley Hipotecaria y, en consecuencia, limitaba la redacción general del precepto equivalente del art. 1207 del Código (art. 1140 del Proyecto) sólo a los casos en que el deudor seguía siendo el mismo: <<Pues no se podía hacer remontar la hipoteca sobre bienes de un nuevo deudor con fecha anterior a la novación, sin exponerse a perjudicar a los otros acreedores del mismo deudor>>.

(17) Desde luego la simple prórroga no produce generalmente novación salvo los casos de término esencial: cfr. nota 15 bis. No existe novación cuando subsistiendo la obligación principal, se otorgan simples facilidades para el cumpli-miento o incluso prórroga formal: sentencia de 8 de noviembre de 1974 en SANCHO , cit., pág. 523.

(18) Art. 153 de la Ley Hipotecaria: <<Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de créditos... haciendo constar si es prorrogable o no, y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta>>.

(19) Art. 1447.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: <<Si hubiere bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, se procederá contra ellos en primer lugar>>.

(20) Cfr. art. 1843 del Código: <<El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal... En todos estos casos la acción tiende a obtener la relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de las acciones del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor>>. Art. 1830: <<El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor>>. Art. 1838: <<El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste>>. Así capital pagado, intereses legales desde el pago, gastos y daños y perjuicios (!).

(21) Esta es la idea que late en los redactores de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1909, que conforman nuestra hipoteca tal como hay la conocemos: <<Los bienes (hipotecados), independientes en absoluto de la persona del deudor están obligados a satisfacer, no la deuda del deudor, sino la parte con que están gravados, el tanto que los grava, independientemente de quien los posea y de que se pague o no se pague el resto de la deuda... Los bienes en la parte de la deuda no tienen relación más que con el acreedor y son independientes en absoluto del que debe y del que posee... Establecida la obligación de la escritura de constitución de hipoteca porque cada finca responde de la parte de crédito a que esté afecta, importándole poco a esa finca y a su tenedor las relaciones que puedan existir entre acreedor y deudor>>; palabras del ponente ÁLVAREZ GUIJARRO, Cfr. *Colegio*, cit., II, págs. 458 a 461.

(22) Sobre si la renovación produce la extinción del crédito antiguo vid. J.M. MUÑOZ PLANAS, <<La renovación cambiaria>> en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garigues*, I, Madrid, 1971, págs. 222 y ss., quien defiende que, en este caso, no se produce necesariamente la novación del crédito antiguo. Vid. sus razones en *ibidem*, pág. 245: <<La conservación del efecto renovado por el acreedor se encuentra plenamente justificada cuando desea conservar viva la acción contra aquellos firmantes del mismo que no suscribieron la letra de renovación o bien a efectos de conservar las posibles garantías extracambiarias que los asistan>>. Pero, en cuanto a las garantías extracambiarias, la novación no se opone siempre a su conservación si se sigue la interpretación del art. 1207 del Código que el Texto mantiene. Argumento de peso, en cambio, para dejar subsistir el crédito cambiario renovado sería el interés del tenedor en conservar la garantía de los endosatarios del primer efecto, que no cabe trasladar al segundo porque el principio de literalidad prevalece sobre el de ausencia de perjuicio de los terceros. La resolución de 23 de noviembre de 1981 extiende la hipoteca a las renovaciones posteriores sin ni siquiera plantearse el problema. De entenderse existe novación, el art. 1207 ampararía el cambio. De seguirse, en cambio, la opinión de MUÑOZ PLANAS debería jugar aquí, cuando menos, el límite del art. 1170 del Código: la obligación primitiva debería quedar en suspenso. Sólo el impago de la segunda hará renacer en lo que valga a la primera y desde luego el pago de una extingue a ambas. Cfr., sobre un motivo paralelo, el sugerente A. COSSIO, <<Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas>>, en RDP, 1953, pág. 15. Lo interesante de este planteamiento, pensado en vista a las renovaciones, es que no lleva a discutir la posibilidad de extender el efecto del art. 1207 (traslado de garantías) también a los casos de constitución de una nueva obligación, *pro solvendo* de la primera y no sólo cuando lo sea *pro soluto*; las garantías subsisten no sólo cuando el nuevo crédito nove al antiguo sino también cuando se le acumula, organizando la coexistencia el régimen del art. 1170 del Código. Resultado de aceptación difícil a pesar de los esfuerzos de MUÑOZ PLANAS, cit., pág. 264, nota 98.

(23) En resumen, lo que el art. 1207 impide es trasladar las garantías de un crédito con una causa a otro de causa distinta, pero no cuando uno y otro se apoyan en la misma causa, de modo que el segundo absorbe la causa del primero y, por ello, lo extingue. En nuestro Derecho la identidad substancial de los créditos no la decide la identidad objetiva o subjetiva, sino la causal.

Hipoteca: interés variable respecto de terceros y modo de acreditar el saldo a efectos ejecutivos.

Auto del TSJ de Castilla - La Mancha

AUTO

En la Ciudad y Palacio de Justicia de Albacete a veintidós de Julio de mil novecientos noventa y tres.

En Recurso Gubernativo nº 3 de 1993, promovido por el Procurador D. Luis Legorburo Martínez, en nombre y representación de "*Citibank España, S.A.*" contra nota de calificación del Sr. Registrador de la Propiedad de Almagro de 21 de Enero de 1993, denegatoria de inscripción de escritura de constitución de hipoteca otorgada el 3 de Noviembre de 1992

ANTECEDENTES DE HECHO

I

...

SEGUNDA, Este préstamo devengará: a) Una comisión de apertura del uno por ciento sobre el principal del préstamo que se liquidará y adeudará de una sola vez en la cuenta corriente de la PARTE PRESTATARIA. b) Un interés que se calculará a todos los efectos que conforme a derecho sea posible, aplicando el capital pendiente de devolución y por cada Período de Devengo de Interés, el tipo de interés vigente durante el Período de Vigencia correspondiente.- b.1 Se entiende por Período de Devengo de Interés el tiempo real sobre el cual se aplica el Tipo de Interés para calcular los intereses devengados a cargo de la PARTE PRESTATARIA y a favor del BANCO. Por Período de Vigencia de Interés se entenderá el tiempo durante el cual un Tipo de Interés determinado rige para el cálculo de los que se devenguen.- Será Período de Devengo de Interés cada mes y Período de Vigencia de Interés cada año, computándose sobre la base de meses de treinta días y de un año de trescientos sesenta días.- Será día de principio y fin de cada Período de Devengo de Interés el día cinco de cada mes y cada año en el mas correspondiente el primer día cinco que llegue después del mismo día que hoy, respectivamente, sin perjuicio de lo que corresponda en cuanto a los términos inicial y final de este contrato.- b.2 No obstante lo dispuesto anteriormente, el primer Período de Devengo y el primero de Vigencia de Interés tendrán una duración distinta a un mes y un año respectivamente, quedando fijados como sigue: El primer Período de Devengo de Interés comienza hoy y concluirá, excepcionalmente el próximo primer día cinco de mes.- El primero Período de Vigencia de Interés comienza hoy y concluye, por excepción, un año después del próximo primer día cinco de mes.- b.3 Se entiende por Tipo de interés Vigente, el resultado de añadir durante toda la vida del contrato a un tipo de referencia, un diferencial fijo del uno veinticinco.- En la actualidad el Tipo de Referencia convenido entre las partes es el trece por ciento.- En consecuencia para el primer Período de Vigencia de Interés el Tipo de Interés queda establecido, y así lo convienen las partes, en el catorce veinticinco por ciento.- b. 4 Vencido el primero Período de Vigencia de Interés el Tipo de Referencia será el publicado en el Boletín Estadístico del Banco de España bajo la denominación de Cuentas de Crédito de un año a menos de tres, de las operaciones activas de Banca, o en su caso el publicado por el Organismo público que le sustituya.- El Tipo de Referencia se redondeará por exceso o por defecto a 1/4 de punto.- En caso de que dicho Tipo de Referencia dejara de publicarse se aplicará como tipo de interés sustantivo, el publicado en el B.O.E. con carácter trimestral por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera como Indice de Referencia de las operaciones activas de crédito hipotecario.- En este caso, el diferencial fijo a añadir al tipo de Referencia será del 1'25%.- Si este nuevo Tipo de Referencia dejara igualmente de publicarse, se aplicará como Tipo de Interés sustitutivo la media aritmética de los Tipos de interés Referenciales para operaciones del préstamo o créditos para períodos de tres años de las Entidades Banco Santander, S.A., Banco Bilbao-Vizcaya, S.A. y Barclays Bank, S.A.- Si cualquiera de los mencionados Bancos dejara de existir o de operar, se tomará en cuenta el tipo publicado por los restantes. Igualmente, si dejaran de publicarse los Tipos Referenciales conforme se realiza en la actualidad, se tomará como Interés de Referencia la media aritmética de los tipos de Interés que tuviesen establecido los Bancos citados para los prestatarios privados más favorecidos, por plazo de tres años, en financiación libre o no privilegiada.- En consecuencia, el tipo de interés para el segundo y sucesivos períodos quedará determinado añadiendo el Diferencial Fijo convenido al Tipo de Interés de Referencia que estuviese publicado, aunque fuese con carácter provisional, cuarenta y cinco días antes del comienzo de cada Período de Vigencia de Interés.- En el caso de que el nuevo Tipo de Interés aplicable supusiera una modificación con respecto al anteriormente aplicado, el BANCO comunicará a la

PARTE PRESTATARIA, con una antelación mínima de un mes, el Tipo de Interés que, calculado en la forma antedicha reirá en el próximo Período de Vigencia de Interés, mediante el envío de una carta certificada que contenga los datos consignados anteriormente y se dirija al domicilio de la PARTE PRESTATARIA que se reseña en el expositivo IV de esta escritura.- La PARTE PRESTATARIA acepta como prueba a todos los efectos, incluso a los de los procedimientos judiciales a que pudiera haber lugar, la comunicación enviada por el BANCO a los servicios del Banco de España, o la referencia a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, efectuada por el BANCO, o a su publicación en el Boletín Económico del Banco de España, o cualquier otra publicación de similar naturaleza.- La PARTE PRESTATARIA deberá a su vez inexcusablemente hacer llegar al BANCO con una antelación de quince días al menos, al de comienzo de cada Período de Interés, su aceptación o rechazo del nuevo Tipo de Interés.- Si por cualquier razón, incluso de fuerza mayor, la PARTE PRESTATARIA no llevará a efecto la comunicación prevista en el párrafo anterior, o el BANCO no la recibiera en el tiempo y forma indicada, se entenderá que la PARTE PRESTATARIA acepta el Tipo de Interés convenido.- b.5 En el supuesto de que la PARTE PRESTATARIA no considera conveniente a sus intereses el Tipo propuesto por el BANCO, este contrato quedará resuelto de pleno derecho el último día del Período de Vigencia de Interés en curso, y vencidas las obligaciones serán exigibles desde dicho día. A tal efecto la PARTE PRESTATARIA deberá reembolsar ese día la totalidad de los intereses adeudados y el principal pendiente.- El Tipo de Interés aplicable a los días efectivamente transcurridos en el Período de Vigencia de Interés en curso hasta la fecha del reembolso, dentro del plazo antes señalado, será igual al último Tipo de Interés convenido entre las partes.- No obstante lo anterior, la PARTE PRESTATARIA, a su elección podrá optar por posponer el pago del principal adeudado, intereses y otras cantidades adeudadas durante un Período de gracia improrrogable de un mes, manteniéndose también durante dicho Período el último Tipo de Interés convenido. Para que la PARTE PRESTATARIA pueda hacer uso de esta opción el BANCO deberá haber recibido, con una antelación de al menos quince días hábiles al comienzo del nuevo Período de Vigencia de Interés una comunicación en tal sentido.- b.6 A todos los efectos jurídicos y procesales recaerá siempre sobre la PARTE PRESTATARIA la carga de la prueba de haber efectuado en las fechas convenidas cualquier comunicación al BANCO, a cuyo fin solicitará, cuando lo estime oportuno, el pertinente acuse de recibo.- b.7 Sin perjuicio del mecanismo de revisión del tipo de interés establecido en los párrafos anteriores, que tiene plena validez entre las partes, a los solos efectos hipotecarios establecidos en la Estipulación Decimocuarta y respecto a terceros el tipo de interés aplicable no podrá superar el veinticinco por ciento.

...

DÉCIMA.- El BANCO reflejará en su propia contabilidad, en una cuenta interna abierta a nombre de la PARTE PRESTATARIA todas las cantidades que sean facilitadas por la misma en virtud de la presente escritura, todas las cantidades debidas por la PARTE PRESTATARIA al BANCO, por principal, intereses, comisiones o cualquier otro concepto, así como todas las sumas cobradas por el BANCO en virtud de la presente.- A todos los efectos, queda expresamente convenido que los datos que reflejen los libros del BANCO en relación con el presente Contrato, así como la certificación que el mismo expida, en su caso, respecto al saldo adeudado por la PARTE PRESTATARIA habrán fe en juicio y fuera de él.- DECIMOCUARTA.- Sin perjuicio de su responsabilidad personal solidaria, la PARTE PRESTATARIA constituye PRIMERA HIPOTECA a favor del BANCO, que ACEPTA, sobre la finca que se describirá al final de las Estipulaciones de esta escritura, en garantía de la devolución del principal del préstamo por SIETE MILLONES DE PESETAS, del pago de intereses remuneratorios devengados al tipo pactado en la Estipulación Segunda, por un máximo en perjuicio de terceros conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, de SEISCIENTAS TREINTA MIL PESETAS, del pago de intereses moratorios devengados al tipo pactado en la Estipulación Cuarta por un máximo en perjuicio de terceros asímismo conforme al Artículo 114 de la Ley Hipotecaria, de UN MILLÓN CUATROCIENTAS SETENTA MIL PESETAS, del reintegro de UN MILLÓN CIENTO VEINTE MIL PESETAS, como máximo por las costas y gastos derivados de la eventual reclamación judicial del préstamo y del reintegro de DOSCIENTAS OCHENTA MIL PESETAS, como máximo por los anticipos que hiciese el BANCO de aquellos gastos extrajudiciales que guarden conexión con la efectividad de la garantía y la conservación de la finca hipotecada, como son, entre otros, el pago de las contribuciones y arbitrios que graven la finca hipotecada, y los gastos de comunidad y primas de seguro correspondientes a la misma.- Las cifras máximas de responsabilidad hipotecaria por intereses no limitarán, conforme a los aludidos preceptos, la posibilidad de reclamar contra la PARTE PRESTATARIA, o contra quien se haya subrogado contractualmente en la deuda hipotecaria, los intereses devengados conforme a la Estipulación Cuarta, sin perjuicio de los límites resultantes de la aplicación de los citados preceptos de la Ley Hipotecaria en el supuesto de ejercicio de la actuación hipotecaria contra tercero o en su perjuicio.- La hipoteca constituida se extenderá a los objetos muebles, frutos y rentas expresados en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, así como a cuanto se expresa en los artículos 109 y 110 de dicha Ley y en el 215 de su Reglamento, y particularmente a todos aquellos respecto de los que se requiere pacto expreso para que la hipoteca se extienda a ellos, debiendo entenderse, en todo caso, incluidas las nuevas construcciones realizadas a expensas de la PARTE PRESTATARIA o de aquél que en su lugar se subrogue.- A la extensión de la hipoteca podrá renunciar expresamente el BANCO al solicitar la subasta de la finca ante el Juzgado que conozca del procedimiento. DECIMOQUINTA.- Si llegara el caso de que el BANCO tuviese que hacer efectiva por vía judicial la totalidad o parte del capital, intereses y gastos,

podrá ejercitar a su plena elección, o la acción ejecutiva ordinaria o el procedimiento especial sumario que se establece en el Artículo 131 de la Ley Hipotecaria o el extrajudicial previsto en los Artículos 234 y 235 del Reglamento Hipotecario, que se indica en la Estipulación siguiente.- A los efectos procesales y para que sirva como tipo en la subasta que corresponda, tasan las fincas que se hipoteca en la cantidad que se señala en la última Estipulación vigésimotercera de esta escritura.- Asímismo la PARTE PRESTATARIA señala como domicilio leal para la práctica de los requerimientos, notificaciones y citaciones a que haya lugar, el consignado en el expositivo IV de esta escritura.- En todos los casos de reclamación judicial podrá el BANCO solicitar y obtener la Administración de los bienes hipotecados y la posesión interina de los mismos, con facultad de cobrar las rentas vencidas y las que falten por vencer, cubriendo con ellas los gastos de explotación y conservación que exija el bien, hasta donde alcance y aplicando el sobrante, si lo hubiere, previa deducción de un cinco por ciento que hará suyo como premio y administración al pago de los intereses y del capital de su crédito en este orden. Obtenida la administración y posesión interina de los bienes el BANCO ejecutante podrá hacer constar por acta, bajo fe de Notario, el acto de toma de posesión. Ocupado el bien hipotecado por los hipotecantes, éstos lo desalojarán en el improrrogable plazo de un mes a partir de la notificación fehaciente que les haga el BANCO de haber obtenido la posesión interina del bien hipotecado.- DECIMOSEXTA.- Sin perjuicio de la acción ejecutiva ordinaria o del procedimiento especial sumario que establece el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las partes pactan expresamente que el ACREEDOR podrá ejercitar el procedimiento extrajudicial previsto en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario, a cuyo fin señalan como precio para la primera subasta el mismo indicado en esta escritura para el procedimiento judicial sumario, e igualmente señalan como domicilio para notificaciones y requerimientos a todos los efectos, el indicado en el expositivo IV de esta escritura, y designan como mandatario a CITIBANK ESPAÑA, S.A., acreedor, para que a través de cualquier de sus apoderados con facultades para conceder préstamos hipotecarios, o para enajenar por precio bienes inmuebles, pueda en representación de la parte hipotecante otorgar en su día la escritura de venta de la finca hipotecada.- DECIMONOVENA.- Si la calificación registral estimase que cualquiera de los pactos, cláusulas, párrafos, menciones o apartados de esta escritura no es inscribible, los otorgantes aceptan tal calificación y consienten que denegando la inscripción de las mismas, se inscriba este título y quede constituída la hipoteca".

II

Presentada la anterior escritura pública en el Registro de la Propiedad de Almagro, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: *"REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ALMAGRO.- Informado verbalmente de esta calificación el interesado, y no deseando subsanar la escritura, a su solicitud se extiende la siguiente nota: Examinado el presente documento, se observan los siguientes defectos: A.- las cláusulas SEGUNDA.- b.7 y DECIMOCUARTA no son inscribibles porque la frase "del pago de intereses remuneratorios devengados al tipo pactado en la estipulación Segunda (que no podrá superar el 25%) por un máximo en perjuicio de terceros, conforme al artículo 114 de la L.H., de seiscientas treinta mil pesetas" es improcedente:.- Primero: Porque la cobertura hipotecaria de los intereses ordinarios sujetos a cláusula de variabilidad, constituyen hipoteca de máximo.- Segundo: Como consecuencia de su carácter de hipoteca de seguridad, a efectos de responsabilidad hipotecaria, no cabe diferencias entre partes y terceros.- Tercero: Ello es una exigencia del principio de determinación registral, de acuerdo con el artículo 12 de la L.H. y 219 del R.H. La fijación de un máximo sin distinguir entre partes y terceros, lo impone el concepto mismo de derecho real. Igualmente, se considera ambigua y no acorde con el principio de especialidad, la referencia genérica al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sin especificar a cuál de los tres supuestos se refiere.- Cuarto: La anterior doctrina no debe ser confundida con la que establece que los límites que por anualidades señala el artículo 114 de la L.H. se refiere a un caso de anualidades de tiempo. En cambio, en la cláusula de interés variable, estamos ante un problema de cuantía: es más, son separables y perfectamente compatibles.- B.- Igual criterio tenemos que aplicar a los intereses de demora (en relación a la cláusula Cuarta) que además no tienen fijado un tipo máximo, ya directamente, ya por referencia al de los intereses ordinarios.- C. La cláusula DÉCIMA y las DECIMOQUINTA y DECIMOSEXTA, relacionadas con ella, tampoco son inscribibles:.- Primero: Porque las normas de procedimiento son rigurosamente imperativas y no pueden crearse por pacto otros títulos ejecutivos excediendo la lista legal.- Segundo: Porque los terceros no tienen que pasar por el máximo.- Tercero: Porque si las cláusulas de variabilidad de intereses son hipotecas de seguridad o máximo, deberán cumplir lo dispuesto en el artículo 153 de la L.H. y 245 del R.H., que impone expresar los cuatro últimos párrafos del artículo anterior, pues el hecho que la determinación del crédito se realice extrahipotecariamente no supone que lo sea de manera unilateral, y por lo tanto debe darse oportunidad al deudor de oponerse. Así se manifiesta el artículo 1435 de la L.E.C. tras la Ley 10/1992 de 30 de abril, que además se remite a la legislación hipotecaria, a los citados artículos 153 de la L.H. y 245 del R. H., que no se refiere a ningún procedimiento especial.- Por todo lo anterior y considerando la cláusula DECIMONOVENA, procede* ***DENEGAR LA INSCRIPCIÓN DE ESTA HIPOTECA*** *pues las cláusulas que no acceden al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes.- Contra esta nota podrá interponerse recurso, de acuerdo con el artículo 112 del R.H. y siguientes, en el plazo de cuatro meses, desde su fecha ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha.- Almagro 21/01/93.- El Registrador.- Eduardo Martínez García.- Firmado rubricado y sellado".*

...

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La hipoteca ordinaria o de tráfico asegura una obligación preexistente y determinada, amparada por la fe pública del Registro de la Propiedad, tanto la existencia del derecho real de garantía, como la existencia y cuantía de la obligación contraída; mientras que la hipoteca de seguridad garantiza una obligación de existencia dudosa o indeterminada cuantía, de manera que el Registro cubre la existencia de la garantía real, pero remite la prueba sobre la existencia y posibilidades del crédito a momento posterior oportuno y a medios extrarregistrales, lo que conlleva una modificación parcial sobre las reglas generales reguladoras de la hipoteca ordinaria. Así pues, la hipoteca de seguridad, admisible en nuestro derecho a virtud del art. 142 de la L.H., comprende, entre otras, las llamadas de máximo, susceptibles de integrar una amplia gama de situaciones y obligaciones variadas, entre ellas la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de créditos que la práctica mercantil ofrece en sentido más o menos estricto, a las que se refiere específicamente en el art. 153 párrafo primero de la Ley Hipotecaria, y suponen en general que la cuantía del crédito no queda determinada, pero sí la hipotecaria, si bien aquel ha de quedar diseñado e indicado en sus líneas básicas y fundamentales, lo que presupone en definitiva su posterior determinación por medios extrahipotecarios, para que se derive factible y exigible como crédito hipotecario. Dentro de la amplitud de esta figura jurídica, hay que entender, a partir de las Rs. de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935, que, sin desconocer que los intereses son prestaciones accesorias engendradas por la principal, al constituirse por aquellos conceptos, resulta una hipoteca de caución y seguridad por el máximo que garantiza, doctrina obviamente predicable los caso de interés variable, a los que procede aplicar la normativa específica correspondiente.

SEGUNDO.- Partiendo de un contrato de préstamo de 7.000.000 de Ptas., mediante abono en un cuenta corriente, la cláusula segunda determina que se aplicará el capital pendiente el tipo de interés vigente al período de vigencia que corresponda, siendo el inicial del 14'25%, precisando esos conceptos básicos y estableciendo un sistema de revisión acorde al tiempo y módulos que señala a tenor de lo ya transcrito, hasta concretar en su apartado b)-7, que, sin perjuicio de ese mecanismo de revisión, de plena validez entre las partes, a los sólos efectos hipotecarios establecidos en la estipulación decimocuarta y respecto a terceros el tipo de interés aplicable no podrá superar el 25%; conteniendo esta última estipulación, la constitución, por el matrimonio prestatario, sin perjuicio de su responsabilidad personal solidaria, de hipoteca sobre la finca urbana, después descrita, a favor del Banco prestamista, en garantía de la devolución del préstamo por la cantidad principal de 7.000.000 de Ptas., **del pago de intereses remuneratorios devengados al tipo pactado en la estipulación segunda (que no podrá superar el 25%) por un máximo, en perjuicio de terceros, conforme al art. 114 L.H. de 45.000 Pts.** (si 630.000 Pts. en este caso), -parte la subrayada que el Registrador estima improcedente en el DEFECTO A de su nota recurrida-, de los moratorios devengados al tipo pactado en la estipulación cuarta de un máximo en perjuicio de terceros asímismo conforme al art. 114 de la L.H., de 1.470.000 Pts., del reintegro de 1.120.000 Pts., como máximo para costas y gastos en caso de reclamación judicial, y de 280.000 Pts., como máximo por anticipos para gastos extrajudiciales conexos con la efectividad de su garantía y la conservación de la finca hipotecada. En definitiva, como el Registrador sintetiza, se constituye hipoteca por un principal de 7.000.000 de Pts., de intereses remuneratorios variables al tipo inicial del 14'25% para el primer periodo de vigencia, y máximo en perjuicio de terceros del 25%, -rigiendo entre las partes sin limitación el mecanismo de revisión de interés-, por máximo en perjuicio de terceros conforme al art. 114 de la L.H. de la cantidad de 630.000 Pts.; de los intereses de demora al tipo pactado en la estipulación cuarta, por un máximo en perjuicio de terceros de tres puntos por encima del tipo aplicable al del período de vigencia de interés en que se produzca el impago (no por lo tanto respecto al máximo hipotecario), de acuerdo con el art. 114 de la L.H., de la cantidad de 1.470.000 Pts.; del reintegro del 1.120.000 Pts. como máximo para costas y gastos; y 280.000 Pts. como máximo para gastos extrajudiciales.

TERCERO.- El principio de especialidad impone la necesidad de reflejo registral sobre los datos precisos para diseñar el máximo garantizado, y concretamente de los porcentajes que lo determinan en las cláusulas comprensivas de un interés fluctuante y variable, tanto entre las partes como frente a terceros, dentro del marco exigible a la rotunda claridad de la garantía real y de la consiguiente responsabilidad hipotecaria. En este sentido, las Rs. de 26 y 31 de octubre de 1984, establecen, respecto a las estipulaciones de interés variable, que se está ante una hipoteca de seguridad que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad, -bien mediante cantidad entera o de un porcentaje-, que no cabe sea indeterminada, porque ello supondría un defecto de carácter subsanable. Cierto que la doctrina ha discutido si el límite máximo procede incluso frente al hipotecante, como en toda hipoteca de máximo, o sólo frente al tercer adquirente; mas se trata de cuestión más aparente que real, porque como recuerdan las Rs. de 23 y 26 de octubre de 1987, las cláusulas que se desenvuelven en el plano puramente personal de la configuración del crédito, dentro del respeto a la Ley de Usura, no tienen que circunscribir los intereses a un límite máximo, pues sólo en cuanto el crédito concedido o la obligación accesoria de intereses sea garantizada hipotecariamente, el principio de especialidad y la transcendencia "*erga omnes*" del gravámen establecido, impondrá la fijación de topes de responsabilidad, pero aun así, éstos sólo podrán predicarse respecto de la afección real, pero nunca de la personal que corresponde al deudor; y en definitiva, la Rs. de 16 de febrero de 1990, hace suyo el criterio del Registrador, que mantuvo, a efectos de responsabilidad hipotecaria, no caben, respecto a la cuantía máxima

del porcentaje, diferencias entre partes y terceros, agregando que es una exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 L.H. y 219 R.H.), ya que la Ley exige estas determinaciones en cuanto delimitan el alcance del derecho real constituido y, por tanto, a todos los efectos, favorables o adversos, ya que en las relaciones con terceros, ya en las relaciones entre el titular del derecho real de garantía y el dueño de la finca hipotecada que a la vez sea deudor hipotecario..., sin que esta doctrina deba ser confundida con la que establece que los límites por anualidades que señala el art. 114 de la L.H. sólo operan cuando existe perjuicio de terceros. Y es que doctrina tan autorizada y específica no decae por la referencia a otros supuestos en que no aparezca contemplada tan concreta e importante cuestión o las bases fundamentales determinantes del máximo de intereses incluidos en la hipoteca; tampoco en méritos a las previsiones del art. 114 de la L.H. que hace referencia a los pactos sobre intereses en razón del tiempo y no de la cuantía determinante, así como el tiempo de intereses por razón del tiempo que la hipoteca ampara frente a terceros por ministerio de la Ley, y cuya cita en la cláusula debatida agrega un factor más de obscuridad por la genérica mención no diferenciadora del sentido, que le atribuye en función a los dos párrafos que contiene; ni por el art. 146 de la misma Ley relativo a la exigencia lógica de los garantizados por la afección hipotecaria, dentro, por tanto, del marco propio que la hipoteca publicada asegura, presuponiendo, en definitiva, no el discernimiento de los intereses pactados en el ámbito personal, sino los que asegura la hipoteca, es decir, la cantidad máxima por la que responde la finca hipotecada o de los datos numéricos para fijarla.

CUARTO.- La proyección de la anterior normativa sobre el contenido del título presentado a calificación, una vez decantadas las diferencias objeto de debate y centrada la cuestión sobre lo concerniente a la estipulación hipotecaria contenida en la cláusula decimocuarta relacionada con sus antecedentes, al margen dela consideración y alcance personal del crédito concertado, basándola en la precisión de acogida en la inscripción de hipoteca del importe de la obligación asegurada y de los intereses comprendidos en la carga real a constituir, mediante expresión adecuada de las cantidades a las que quedaría afecta la finca hipotecada, tanto en concepto de principal, como de intereses, o de las bases suficientes concebidas para determinarlos, entre partes y frente a terceros, porque así lo requiere la nota de seguridad o de máximo que asiste a las cláusulas de variabilidad concebidas ambas en sede personal, conduce por todo ello, razonablemente, a compartir las tesis que materializa el DEFECTO A de la nota recurrida, relativa al capítulo de intereses remuneratorios, dada la concurrencia de la contradicción, omisión, confusión, falta de claridad, ambigüedad y equívocos que aprecia y fundamenta el funcionario calificador.

QUINTO.- La fuerza extensiva de la misma argumentación sobre los intereses moratorios a los que se refiere también la cláusula decimocuarta en relación con la cuarta del documento calificado, determinan la apreciación de análogas deficiencias, correctamente valoradas en el DEFECTO B de la misma nota, por entender que no aparecen fijados los correspondientes topes máximos, ya directamente, ya por referencia al de los intereses ordinarios, lo que impide el acceso registral y la tutela hipotecaria pretendida.

SEXTO.- El DEFECTO C de la nota de calificación impugnada afecta a las estipulaciones décima, decimoquinta y decimosexta del título que la motivó; La primera expresa que los datos de los libros de contabilidad del Banco acreedor, sobre la cuenta abierta a nombre de la parte prestataria, así como la certificación que el mismo expida, en su caso, respecto al saldo adeudado por aquella, harán fe en juicio y fuera de él; la segunda que, llegado el caso de la vía judicial, el Banco acreedor podrá ejercitar, a su elección, la acción ejecutiva ordinaria, el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la L.H. o el extrajudicial previsto en los arts. 234 y 235 del R.H., y después el domicilio que señala la parte prestataria, administración y posesión interina de la finca hipotecada; y la tercera se refiere específicamente el tercero de los procedimientos, señalan precio para la primera subasta, domicilio la parte prestataria y designan mandatario a la mercantil acreedora para que pueda otorgar en su día escritura de venta de la finca hipotecada.

SÉPTIMO.- Después de la lectura de esas estipulaciones ha de mantenerse que no pueden ser inscritas por desconocer normas imperativas atinentes a legítimos medios de defensa de deudores y terceros hipotecarios, toda vez que la escritura pública de hipoteca no es por sí sóla título ejecutivo respecto a los intereses variables, que participan de las especificaciones inherentes a la hipoteca de máximo, requiriendo por ello una liquidación extrahipotecaria integradora, con preceptiva audiencia de los demás afectados, excluyente, por esencia, de la fijación unilateral por el Banco o entidad acreedora del saldo debido que resulte, así como de todo pacto que desconozca primordiales normas de orden público procesal promulgadas en aras de la defensa de todos los interesados y la efectividad de la primacía exigencia jurídica que impide dejar la concreción de tan decisivo extremo a la actuación, voluntad o arbitrio de uno sólo de los contratantes. Interesa resaltar por ello que el párrafo último del art. 1435 de la L.E.Civil, según redacción dada por Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas Urgentes de Reforma Procesal, a relacionar con los arts. 142 y 153 de la L.h. y 245 de su Reglamento, contiene el mandato de notificar al deudor y al fiador el importe de la cantidad exigible, en términos que, por encima de cualquier duda interpretativa, deben entenderse referidos, desde la perspectiva de su recto sentido y finalidad, a todas las personas contra las que vaya a dirigirse la acción ejecutiva, precisamente en los casos del párrafo anterior de igual precepto, alusivo a los contratos mercantiles en que las entidades de crédito, ahorro y financiación pueden acreditar el saldo mediante liquidación y certificación sobre los asientos contables de cuenta corriente a efectos de ejecución, y

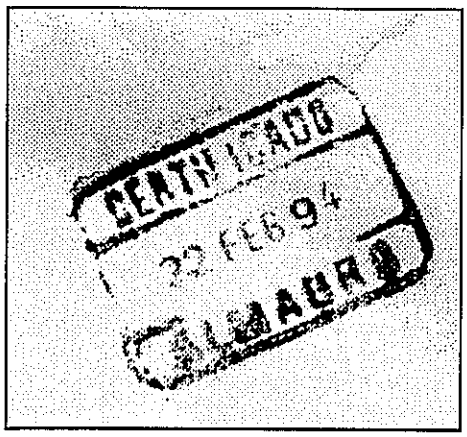
cuyo inciso final previene expresamente que en las cuentas corrientes garantizadas con hipotecas abiertas por Bancos o Cajas de Ahorros, se estará a lo dispuesto por la Ley Hipotecaria. Con estos antecedentes, deviene esclarecedora la citada R. de 16 de febrero de 1990, al decir que aunque el caso no trata estrictamente de hipoteca en garantía de cuenta corriente, los problemas de saldo se presentan como en ésta, pues la escritura acredita, -como en el que ahora nos ocupa-, la entrega de la cantidad prestada sólo mediante abono de cuenta corriente abierta por el prestatario, y en estas operaciones acrediticias los pactos sobre ejecución de la obligación garantizada con hipoteca, se han de someter a la legislación hipotecaria por remisión del art. 1435 de la L.E.C., de donde sigue que el pacto sobre el procedimiento judicial sumario, tal como aparece estipulado en la escritura, no puede tener reflejo registral en tanto no resulten cumplidos en la escritura los requisitos exigidos por el art. 245 del Reglamento Hipotecario, a lo que cabe agregar que también respecto a las demás estipulaciones debatidas hay que rechazar el presupuesto sobre fijación unilateral del saldo por el Banco deudor, junto a la eliminación o configuración de cauces o intervenciones procedimentales que afectan al orden público procesal y tutela efectiva de todos los deudores o afectados.

OCTAVO.- El presente recurso gubernativo tiene por objeto exclusivo decidir sobre las cuestiones relacionadas con la calificación del Registrador, determinantes de su confirmación o revocación (arts. 66 de la L.H. y 117 del Rg. H.); razón que impide entrar a ningún efecto en la solicitud y debate sobre reserva de acciones para pedir al Registrador responsabilidades civiles y las demás a que hubiere lugar, sin condicionar por ello en ningún sentido el ejercicio de las que se crea asistida la mercantil recurrente y peticionaria.

Vistas las resoluciones y disposiciones citadas, concordantes y demás de aplicación.

El Excmo. Sr. D. José Rodríguez Jiménez, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, **DECIDE:** Desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación recurrida, de 21 de abril de 1993. Notifíquese a la representación de la mercantil recurrente y al Sr. Registrador de la Propiedad de Almagro mediante solicitud de cooperación judicial al Sr. Juez de Primera Instancia del partido Judicial con la copia necesaria, haciéndoles saber que contra esta resolución pueden interponer recurso de apelación para ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, dentro de los quince días siguientes al de su notificación, conforme previene el art. 121 del Reg. Hipotecario.

Así lo acuerdo, mando y firmo.- José Rodríguez Jiménez.



22de febrero de 1994... Eso dice el tampón de certificado estampillado sobre el sobre que guardaba el texto del auto cuyo extracto hoy publicamos... . ¡Qué verguenza, qué demora, que reiterada manera de defraudar las promesas de publicación... !

Cosas de la pasada gripe de la revistilla ...

HUMOR

CORRAL

JM.CHIC

Mi casa está llena de libros como lo estaba la de mi padre de quien heredé la afición a la posesión del libro y el goce de su lectura, cosas ambas que me resultan dificilísimas de transmitir a mis hijos, pues hay en los momentos actuales tres enemigos, como antes lo eran el demonio, el mundo y la carne. Ahora está la "***televisión***" con sus múltiples cadenas (que saben encadenar al "*mirón*" de turno), el "***vídeo***" (que debe ser un vicio tan apasionante como la carne) y los discos "***compactos***" (que han anulado todo el tiempo que se perdía dando vuelta al disco de pasta en un gramófono de la "*Voz de su amo*"). Además de tener libros, pertenezco a una Asociación de bibliófilos (que no hablan de primeras ediciones, sino de manuscritos...) y, de vez en cuando, salgo con alguno de ellos a "*echar la mañana o la tarde a libros*". Pero el libro -el amado libro- me va quitando espacio vital para moverme con cierta soltura por la casa y, aunque me he dado de baja de todas las Revistas jurídicas a las que estaba suscrito, éstas, en respuesta a mi fidelidad de años, me las siguen enviando gratis. Sigo practicando el viejo truco de esconder bajo el abrigo o la gabardina (difíciles de utilizar en el verano) el libro que adquiero, para evitar que mi mujer se dé cuenta de que un nuevo volumen nos está "*robando espacio*". El libro creo que me agradece estos detalles de clandestinidad y procura no hacer bulto. Sabe que está pasando una frontera difícil y se encoge en los pliegues de la ropa. El libro tiene estas complicidades, lo mismo que cuando lo tratas mal y lo desplazas de una estantería importante a otra que no lo es tanto, protesta, se enrabieta y suele desplazarse al suelo. El bibliófilo sabe que el libro exige -mimosamente- que se le trate con igualdad entre los que le rodean y sé que siente celos cuando tú te inclinas por una edición o por otra que tienes encuadernada. La edición en rústica o el volúmen en piel genera en las bibliotecas un rango preferencial. Es igual el ciudadano de "*capital*" que el de "*pueblo*": vuelve otra vez -como en las herencias- a tener presente la diferencia entre lo rústico y lo urbano. El espacio visible lo suele ocupar la piel y lo rústico figura en segundo plano. Por supuesto que esto es una "***anarquía***" frente a las normas que los "*Archiveros y Bibliotecarios*" tienen para la organización de las bibliotecas públicas. En mi época militante de Registrador General de la Propiedad Intelectual fue uno de los puntos donde siempre me quedé **parado** frente a esas magníficas bibliotecarias que me ayudaban.

Me estoy apartando del tema, ya que lo que quiero plantear es cuál puede ser la forma de evitar que entre tanto libro en esta santa casa y la manera de poder desprenderme de varios, de unos cuantos o de todos. Explicar lo que para mi es el libro resulta difícil, pero os diré que en esto soy más islámico que cristiano. El

"COMO DESHACERSE DE LOS LIBROS"

Islam **es una religión de libro**: el piadoso musulmán está obligado a leer y copiar varias veces el CORAN. El libro —lo dice Hipólito Escolar en su obra— es el más fecundo invento del hombre, la herramienta más maravillosa por él creada, entendido no en su sentido físico, sino como conjunto ordenado de mensajes, es decir, visto como contenido, no como continente o soporte. Ya el Código civil reconoce esta distinción en el art. 377 donde considera que "*en la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerarán* ***accesorios*** *la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel y el pergamino*". No obstante recuerdo una **nefasta** idea volcada en alguna disposición legal donde se da realce, importancia y primacía al "***soporte***". Me sonroja el recordarlo.

El amor, el culto reverencial, la pasión por el libro, me impiden cualquier acto barbárico o vandálico contra él y, por ello, me resulta difícil descubrir la forma en que me deba ir liberando de estos libros que han constituido etapas de mi vida. Un joven compañero me dijo: "***microfilmalos***". Si este capítulo entrase en el ámbito religioso —y la verdad que el culto al libro tiene algo de religión— ese **exhabrupto** merecería —sin previo expediente— la excomunión. Pero también a GONZÁLEZ RUANO o a CELA los hubieran podido excomulgar por razones diferentes. Al segundo cuando pretendió publicar en la época álgida del "*franquismo*" su obra "*La colmena*" y, al primero, cuando recién vuelto de Alemania —donde los nazis le tuvieron preso— llegó a España y consideró que debía llamar por teléfono a alguna "*Delegación de prensa y propaganda*" para ver si le podían admitir alguna colaboración literaria. Entonces era costumbre en las entidades oficiales que cuando llamaban por teléfono se iniciase el diálogo con la frase ritual: ¡*Arriba España*! Y César González Ruano, al escuchar esto, se quedó sorprendido unos segundos y, al reaccionar, contestó: "*SIN PECADO CONCEBIDA*".

Alguien me dijo: ¡Quémalos! El fuego los purifica. La verdad es que no creo que mis libros deban purificarse. Sé que ese poder destructivo del fuego para mí, sin embargo, es el símbolo sagrado del hogar doméstico. Aunque el fuego es el único elemento que el hombre puede producir por si mismo, acercándose con ello a los Dioses, sería incapaz de aplicarlo para hacer desaparecer mis libros y mi biblioteca. Cada vez que pienso —retrocediendo en el tiempo— en Alejandría y su biblioteca, tremendamente destruida por el fuego, me consuelo al ver apiñados, alineados en los estantes de mi biblioteca los que pudieran ser pasto de las llamas si me acojo al consejo de ese amigo "*pirómano*". La verdad es que de los pocos capítulos del Quijote que me producen malestar o, mejor dicho, poca sensación de humor sea el del cura, barbero y ama que hacen el "*donoso y grande*

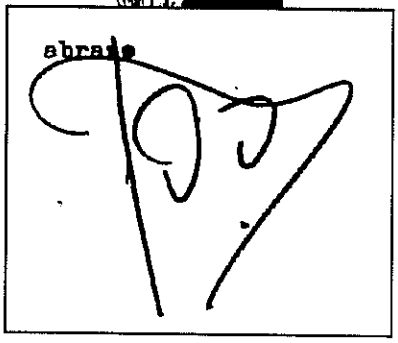
escrutinio" que terminan quemando el resto de los libros grandes y pequeños... No hace mucho un Alcalde, creo que de Bilbao, "*embistió*" contra una edición de libros y los quemó... ¡Qué manifestación de cultura!

Otro compañero o amigo me dijo ¡Déjalos abandonados! No entendía muy bien el mensaje, ya que uno apegado a la legislación hipotecaria pensaba en el "*abandono*" del tercer poseedor. Yo, la verdad, es que soy poseedor de libros de primera mano, de segunda y quizá de tercera o más manos, y, por eso tuve dudas de si debería abandonar todos o sólo los de "*tercera*" mano. Luego reflexioné y me convencí de que lo que se trataba era de convertir esos libros en "*res nullius*". Es el sistema que se emplea con los "*perros*", pero —aun no gustándome mucho la comparación— pues aunque los dos son "*amigos del hombre*", es bien cierto que el perro tiene la defensa institiva de volver a casa y el libro queda huérfano de todo recurso. El abandono, de otra parte, debe ser digno pues el libro lo exige y una papelera, un contenedor de basura, no son lugares propios para el abandono de un libro. Lo es, sin embargo, un banco de un parque público. Pero este procedimiento siempre tropieza con la aparición de una persona que, creyendo que has olvidado el libro, se apresura a perseguirte con el libro en la mano, para decirte: ¡Se ha olvidado Vd. este libro!

En ese momento a tí, que te sientes culpable, como el asesino al que se le descubre te entra el "*remordimiento*" y, aun y a pesar de que pienses negar que el libro es tuyo o, que sin argumentos, le ofrezcas regalárselo, notas el alivio de que te ofrece un cambio por otro. Le acepto el obsequio, pero a cambio de otro. A la puerta está llamado "*la subrogación*" real: libro abandonado, libro recuperado.

Si nuestra institución esta llena de compañeros que hacen constar en sus libros transmisiones onerosas o lucrativas, la recomendación es clara: vende o dona tu biblioteca. Tuve que sufrir el "*trauma*" de la venta de la biblioteca de mi padre (bien indivisible) por razones de espacio y me resisto a emplear este método, pues si bien mi biblioteca no es "*asolerada*", creo que tiene unos "*valores de mercado*" que pudieran justificar una "*expropiación forzosa*", aunque nunca llegaríamos al "*precio justo*" del programa televisivo, que pudo lograr la Ley de Tasas.

Quedan, como es natural, dos posibilidades importantes. Una es "*post mortem*" que al ser inevitable, no genera problemas. No sé si desde el "otro mundo" se puede sentir algo, pero una biblioteca abundante, como la mia o se divide o se vende y, con ello, se brinda al adquirente los libros "*trabajados*", pero cuyo valor solamente reside en el **soporte** y en su **fecha**. La otra posibilidad la ofrece litúrgicamente la institución del "*préstamo*" de uso, que no de consumo o comodato. La cosa aquí no falla: aquel a quien prestas un libro —y le puedes prestar todos los de tu biblioteca— no te devuelve ninguno. Es tradición que mantiene la costumbre. La verdad es que hay que saber elegir a quién prestas el libro, pues hay gente que, como yo, tiene la fea costumbre de devolver lo prestado. Quizá los judíos fueran los sabios: prestaban, con la seguridad de recuperar, pero nunca pedían prestado.



CONSELLERIA DE ECONOMÍA Y HACIENDA

1010 *DECRETO 83/1994, de 26 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Valenciano de Finanzas.* [94/2882]

La disposición adicional octava de la Ley 7/1990, de 28 diciembre, de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 1991, creó el Instituto Valenciano de Finanzas como una entidad de derecho público sujeta a la Generalitat Valenciana, con plena capacidad pública y privada, quedando adscrito a la Conselleria de Economía y Hacienda.

Como cumplimiento al mandato contenido en la citada ley, se aprobó el Reglamento del Instituto a través del Decreto 97/1991, de 10 de junio, del Gobierno Valenciano. La experiencia acumulada durante el tiempo transcurrido desde entonces ha venido a demostrar la validez del diseño inicial; pese a ello, resulta ahora oportuno introducir ciertas modificaciones en la distribución de funciones de los órganos de gobierno del Instituto; se persigue compaginar el máximo respeto a la legalidad vigente al tiempo que optimizar la eficacia y eficiencia en la gestión.

Así mismo, resulta conveniente aprovechar esta ocasión para refundir posteriores modificaciones puntuales del mencionado Decreto 97/1991, así como adaptarlo a ciertas reformas legislativas producidas después de la entrada en vigor del mismo.

Por todo ello, a propuesta del conseller de Economía y Hacienda, y previa deliberación del Gobierno Valenciano en la reunión del día 26 de abril de 1994,

DISPONGO:

Artículo único

Queda aprobado el Reglamento del Instituto Valenciano de Finanzas, que figura como anexo de este decreto.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogados el Decreto 97/1991, de 10 de junio, del Gobierno Valenciano, por el que se aprobó el Reglamento del Instituto Valenciano de Finanzas, y los Decretos 178/1991, de 15 de octubre, y 17/1993, de 8 de febrero, ambos del Gobierno Valenciano, por los que se modificaba el Reglamento del Instituto Valenciano de Finanzas.

DISPOSICIÓN FINAL

El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.*

Valencia, 26 de abril de 1994

El presidente de la Generalitat Valenciana,
JOAN LERMA I BLASCO

El conseller de Economía y Hacienda,
AURELIO MARTÍNEZ ESTÉVEZ

ANEXO

Reglamento del Instituto Valenciano de Finanzas

CAPÍTULO I
Naturaleza y régimen jurídico

Artículo primero. Naturaleza jurídica

1. El Instituto Valenciano de Finanzas es una entidad de Derecho público sujeta a la Generalitat Valenciana, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada.

2. Para el cumplimiento de sus fines, el Instituto Valenciano de Finanzas actuará de forma autónoma respecto a la Administración de la Generalitat Valenciana, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de este reglamento.

3. El Instituto Valenciano de Finanzas está adscrito a la Conselleria de Economía y Hacienda.

Artículo segundo. Régimen jurídico

1. El Instituto Valenciano de Finanzas se rige por lo dispuesto en la disposición adicional octava de la Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 1991, y en el presente reglamento. También le será de aplicación lo establecido en la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana para las empresas públicas, si bien no le afectará la limitación establecida en el artículo 86 del texto refundido de dicha ley, aprobado por el Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991, del Gobierno Valenciano.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las actividades del Instituto Valenciano de Finanzas se regirán por el ordenamiento jurídico privado, excepto las relacionadas con el ejercicio de las funciones mencionadas en las letras f) y g) del apartado 1 del artículo 4 de este reglamento, que se someterán a las normas del derecho administrativo y a las demás normas que resulten de aplicación al desempeño de tales funciones.

3. Las resoluciones del Instituto Valenciano de Finanzas que pongan fin a procedimientos administrativos podrán ser objeto de recurso ordinario ante el conseller de Economía y Hacienda.

CAPÍTULO II
Fines y funciones

Artículo tercero. Fines

El Instituto Valenciano de Finanzas tendrá como fines:

a) Actuar como principal instrumento de la política de crédito público del Gobierno Valenciano.

b) Contribuir al ejercicio de las competencias de la Generalitat Valenciana sobre el sistema financiero.

Artículo cuarto. Funciones

1. Para la consecución de sus fines, el Instituto Valenciano de Finanzas podrá realizar las siguientes funciones:

a) Controlar, coordinar y canalizar la oferta de crédito público.

b) Conceder créditos, avales y otras cauciones a favor de entidades autónomas, corporaciones públicas y empresas públicas y privadas.

c) Participar en el capital o prestar apoyos financieros a sociedades que faciliten la financiación o la promoción de empresas no financieras.

d) Prestar los servicios de tesorería de la Generalitat Valenciana, de las empresas, entidades autónomas e instituciones dependientes de la misma, cuando se le atribuyan. También podrá prestar servicios de tesorería de otras empresas o instituciones del sector público o privado, a petición de los mismos. Asimismo, podrá contratar cualquier instrumento de uso en los mercados financieros.

e) Efectuar la gestión del endeudamiento de la Generalitat Valenciana y de sus entidades autónomas y empresas, cuando se le atribuya. Potenciar los mercados primarios y facilitar la liquidez en los mercados secundarios, de los títulos emitidos.

f) Ejercer las funciones relativas al control, inspección y disciplina de las entidades financieras que estén bajo la tutela administrativa de la Generalitat Valenciana, cuando se le atribuyan.

g) Ejercer las competencias asignadas a la Generalitat Valenciana en materia de mercado de valores, cuando se le atribuyan.

h) Prestar asesoramiento en materia financiera a las distintas Consellerias y emitir informes para el Gobierno Valenciano, a petición del mismo o por iniciativa propia.

i) Representar a la Generalitat Valenciana en aquellas cuestiones de índole financiera que el Gobierno Valenciano le encomiende.

j) Cualesquiera otras que le atribuyan las leyes o que le encomiende el Gobierno Valenciano en el ámbito de sus competencias.

2. Las atribuciones de competencias que se asignen al Instituto deberán llevarse a cabo mediante un decreto del Gobierno Valenciano, que determinará el contenido y alcance de las mismas.

3. La actuación del Instituto se realizará de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del estado, así como de conformidad con la ordenación del crédito y la banca.

CAPÍTULO III
Órganos de gobierno

Sección primera
Disposición general

Artículo quinto. Órganos de gobierno

1. Los órganos de gobierno del Instituto Valenciano de Finanzas son el Consejo de Administración, la Comisión Ejecutiva y el director general.

2. El Consejo de Administración es el órgano colegiado al que corresponde el supremo gobierno, administración, dirección y representación del Instituto.

3. La Comisión Ejecutiva es el órgano ordinario de gobierno, gestión y administración.

4. El director general desempeñará la ejecución diaria de las actividades propias del Instituto, en orden a su administración y gestión, dentro de los límites y de acuerdo con las directrices señaladas por la Comisión Ejecutiva y, en su caso, por el Consejo de Administración. En particular, ejercerá las competencias atribuidas al Instituto que se encuentren sometidas a normas de derecho administrativo.

Sección segunda
El Consejo de Administración

Artículo sexto. Composición

1. El Consejo de Administración estará integrado por:

a) El presidente, que será el conseller de Economía y Hacienda.

b) Cuatro vocales representantes de la administración de la Generalitat Valenciana, uno por cada una de las Consellerias de Economía y Hacienda; de Industria, Comercio y Turismo; de Agricultura, Pesca y Alimentación; y de Trabajo y Asuntos Sociales. Estos vocales serán designados por el Gobierno Valenciano, a propuesta del conseller respectivo.

c) Seis vocales designados por el Gobierno Valenciano, a propuesta del conseller de Economía y Hacienda, entre personas de reconocida competencia, prestigio y experiencia en el área de la economía y finanzas.

d) Tres vocales designados por las organizaciones sindicales más representativas en la Comunidad Valenciana, según lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

e) Tres vocales designados por las organizaciones empresariales que gocen de capacidad representativa, con arreglo a lo establecido en la disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores, texto reformado por la Ley 32/1984, de 2 de agosto.

2. El Consejo de Administración designará entre sus miembros la persona que actuará como secretario. Asistirá a las reuniones del Consejo de Administración, con voz pero sin voto, el director general del Instituto.

Artículo séptimo. El presidente

1. El presidente del Consejo de Administración será, a su vez, presidente del Instituto. En su defecto o ausencia, será sustituido por el vocal representante de la Conselleria de Economía y Hacienda.

2. Asimismo, corresponderá al presidente la representación judicial y extrajudicial del Instituto, sin perjuicio de las delegaciones y apoderamientos expresamente acordados.

Artículo octavo. Facultades

El Consejo de Administración tendrá las siguientes facultades:

a) Definir anualmente las líneas generales de actuación del Instituto, de acuerdo con las directrices emanadas del Gobierno Valenciano, en su caso.

b) Aprobar el anteproyecto de presupuestos del Instituto.

c) Aprobar las cuentas que ha de rendir el Instituto, a los efectos del control financiero establecido en la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana.

d) Aprobar la memoria anual de actividades del Instituto.

e) Aprobar la organización interna y la plantilla del Instituto, a propuesta del director general, previo informe de la Comisión Ejecutiva.

f) Aprobar las convocatorias de pruebas de acceso al Instituto, y establecer las características de las mismas y los criterios que se ha de seguir para la selección y admisión del personal, a propuesta de la Comisión Ejecutiva.

g) Aprobar la retribución del personal del Instituto, a propuesta de la Comisión Ejecutiva.

h) Aprobar la creación, o participación en el capital, de sociedades mercantiles o cooperativas. Cuando la participación en dichas sociedades fuera mayoritaria se requerirá, en todo caso, autorización del Gobierno Valenciano.

i) Designar las personas que deban ostentar la representación de la Generalitat Valenciana en cuestiones de índole financiera, cuando alguna disposición lo prevea o el Gobierno Valenciano se lo encomiende.

j) Nombrar y remover, en su caso, al director general.

Artículo noveno. Periodicidad de las reuniones

El Consejo de Administración se reunirá tantas veces como sea necesario para el desempeño de sus funciones. En todo caso, se reunirá al menos una vez al trimestre.

Artículo diez. Convocatoria

1. La convocatoria de las reuniones del Consejo de Administración corresponde a su presidente, por iniciativa propia o a propuesta de al menos un tercio de sus miembros. Dicha propuesta, que deberá hacerse mediante escrito motivado, ha de ir acompañada del orden del día de la convocatoria.

2. La convocatoria habrá de ser notificada con 72 horas de antelación, como mínimo, a la celebración de la sesión, y debe acompañarse el orden del día. No obstante, en casos de urgencia, podrá efectuarse la convocatoria en un plazo menor, siempre que se realice en condiciones que permitan asegurar su recepción por todos los miembros.

3. En cualquier caso, el Consejo de Administración quedará válidamente constituido, aun cuando no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria, cuando hallándose presentes todos sus miembros así lo acordaran por unanimidad.

Artículo once. Constitución

Para que se constituya válidamente el Consejo de Administración será necesaria la asistencia a la reunión de la mayoría absoluta de sus miembros en primera convocatoria. Si no existiera dicho quórum, se reunirá el Consejo media hora más tarde en segunda convocatoria, y deberá en este caso asistir, al menos, la tercera parte de sus miembros.

Artículo doce. Deliberaciones

Las deliberaciones del Consejo de Administración tendrán carácter reservado.

Artículo trece. Acuerdos

Los acuerdos del Consejo de Administración se adoptarán por mayoría simple de los miembros asistentes, salvo aquellos supuestos en que expresamente se exija una mayoría cualificada. El presidente del Consejo, o quien le sustituya, tendrá voto de calidad.

Artículo catorce. Actas

1. De cada sesión que celebre el Consejo de Administración levantará acta el secretario. Las actas, firmadas por el presidente y el secretario, se aprobarán en la misma reunión, o dentro de los 10 días hábiles siguientes a la celebración de la misma, en cuyo caso deberán ser aprobadas por el Presidente y dos vocales designados a tal efecto por el Consejo.

2. Las actas quedarán bajo la custodia del Secretario, quien podrá expedir las oportunas certificaciones de los acuerdos aprobados, con el visto bueno del Presidente.

Sección tercera
La Comisión Ejecutiva

Artículo quince. Composición

1. La Comisión Ejecutiva estará integrada por:

a) El presidente, que será el presidente del Consejo de Adminis-

tración, quien podrá delegar en el representante de la Conselleria de Economía y Hacienda en el Consejo de Administración.

b) Un mínimo de cuatro y un máximo de seis vocales, elegidos por el Consejo de Administración de entre los vocales del mismo.

2. Actuará como secretario de la Comisión Ejecutiva, con voz pero sin voto, el director general del Instituto.

Artículo dieciséis. Facultades

1. La Comisión Ejecutiva tendrá, además de cuantas otras le delegue el Consejo de Administración, las siguientes facultades:

a) Determinar las características y condiciones generales de los créditos y avales a conceder por el Instituto.

b) Aprobar las operaciones de crédito, avales y otras cauciones, sin perjuicio de las reservadas al director general en virtud de delegación de la Comisión, dentro de los límites que se le establezcan.

c) Establecer el programa de endeudamiento del Instituto Valenciano de Finanzas, dentro de las líneas generales de actuación definidas por el Consejo de Administración.

d) Acordar convenios de financiación o de colaboración financiera con otras instituciones financieras, públicas y privadas.

e) La celebración de contratos necesaria para el funcionamiento ordinario del Instituto, sin perjuicio de las facultades atribuidas al director general en el artículo 22.

2. De las actividades que realice la Comisión Ejecutiva en el ejercicio de las funciones delegadas por el Consejo deberá dar cuenta a éste periódicamente.

Artículo diecisiete. Periodicidad de las reuniones

La Comisión Ejecutiva se reunirá tantas veces como sea necesario para el desempeño de sus funciones. En todo caso, se reunirá, al menos, una vez al mes.

Artículo dieciocho. Normas de funcionamiento

1. Las normas establecidas para el Consejo de Administración relativas a la convocatoria, validez de las reuniones y de los acuerdos, actas, y carácter reservado de las deliberaciones serán igualmente de aplicación para la Comisión Ejecutiva, salvo lo que se dispone en los apartados siguientes de este artículo.

2. La convocatoria de la Comisión Ejecutiva deberá ser notificada con una antelación mínima de 48 horas, salvo los casos de urgencia.

3. Para la válida constitución de la Comisión Ejecutiva será necesario contar con la presencia de la mayoría absoluta de sus componentes.

4. En defecto o ausencia del presidente de la Comisión Ejecutiva, corresponderá representar a la presidencia al vocal de mayor edad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 15.1.a) de este Reglamento.

Sección cuarta
El director general

Artículo diecinueve. Nombramiento y cese

1. El director general del Instituto será nombrado por el Consejo de Administración entre personas con capacidad, preparación técnica y experiencia suficiente para ejercer las funciones propias de su cargo.

2. El Consejo de Administración podrá acordar el cese del director general por mayoría absoluta de sus miembros.

Artículo veinte. Exclusividad

El ejercicio del cargo de director general requiere dedicación exclusiva y será incompatible con cualquier actividad retribuida tanto de carácter público como privado, salvo la administración del propio patrimonio.

Artículo veintiuno. Sustitución

1. En caso de ausencia o enfermedad del director general, la Comisión Ejecutiva designará a la persona que haya de sustituirle.

2. En caso de cese y consiguiente vacante del cargo de director general, la Comisión Ejecutiva designará provisional y transitoriamente al director general en funciones. En tal caso, el Consejo de Administración deberá nombrar nuevo director general en el plazo máximo de dos meses.

Artículo veintidós. Facultades

Sin perjuicio de otras facultades que pueda delegarle la Comisión Ejecutiva, o en su caso, el Consejo de Administración, el director general tendrá las siguientes atribuciones:

a) Llevar la firma del Instituto.

b) Rendir cuentas ante la Comisión Ejecutiva del cumplimiento del presupuesto.

c) Elaborar el programa de actuación anual, el anteproyecto de presupuestos, los estados financieros de ejercicio y la Memoria de actividades del Instituto, que deberá elevar, a través de la Comisión Ejecutiva, para la aprobación del Consejo de Administración.

d) Ejecutar y hacer cumplir las normas administrativas del Instituto y los acuerdos del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva.

e) Autorizar gastos y ordenar pagos, así como la contratación necesaria para el funcionamiento ordinario del Instituto, hasta el límite que, en su caso, señale el Consejo de Administración, y dar cuenta a la Comisión Ejecutiva.

f) Dirigir y supervisar la actuación de todos los servicios y dependencias del Instituto, y podrá dictar las órdenes e instrucciones oportunas para el logro del cometido y eficaz funcionamiento del Instituto.

g) Elevar a la Comisión Ejecutiva la propuesta de convocatoria para la provisión de determinados puestos de trabajo, en función de las necesidades de personal.

h) Ostentar la superior jefatura del personal del Instituto, así como ejercer su régimen disciplinario.

i) Decidir acerca de las cuestiones urgentes que puedan presentarse, y dar conocimiento de ello, tan pronto como sea posible, al órgano colegiado competente.

j) Aprobar operaciones de crédito, avales y otras cauciones, dentro de los límites que establezca la Comisión Ejecutiva.

k) Otorgar apoderamientos de sus facultades a favor del personal del Instituto, y dar cuenta a la Comisión Ejecutiva.

l) Emitir los dictámenes e informes que sean preceptivos legalmente o que tengan por destinatario al Gobierno Valenciano.

m) Resolver las solicitudes de autorización administrativa que sean preceptivas para la realización de actos y operaciones que, según la normativa vigente, sean competencia del Instituto.

n) Dictar instrucciones y recomendaciones en materia de coordinación y control de la actividad crediticia de las instituciones públicas de crédito dependientes de la Generalitat Valenciana.

o) Ejercer todas las competencias atribuidas o delegadas en el Instituto en materia del mercado de valores, endeudamiento y tesorería, tanto de la Generalitat Valenciana, de sus entidades autónomas y empresas e instituciones, como del propio Instituto; así como la coordinación del endeudamiento de las entidades autónomas y empresas públicas de la misma. A tal fin podrá contratar cualquier instrumento de uso en los mercados financieros.

p) Formular requerimientos, instrucciones o recomendaciones a entidades o intermediarios financieros bajo la tutela administrativa de la Generalitat Valenciana.

q) Imponer las sanciones que correspondan legalmente por la comisión de infracciones de normas de ordenación y disciplina, en el ejercicio de la potestad sancionadora sobre entidades o intermediarios financieros, sin perjuicio de aquellas cuya imposición sea competencia del Gobierno Valenciano o del conseller de Economía y Hacienda.

r) Cualesquiera otras funciones que requiera la gestión y administración ordinaria del Instituto y no están atribuidas al Consejo de Administración o a la Comisión Ejecutiva.

CAPÍTULO IV
Personal

Artículo veintitrés. Régimen

1. El personal al servicio del Instituto se regirá por las normas de derecho laboral y, en su caso, de derecho privado que le sean de aplicación.

2. La contratación de personal se realizará mediante las correspondientes pruebas de admisión establecidas y convocadas por el Consejo de Administración del Instituto, con arreglo a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

CAPÍTULO V
Recursos y régimen económico

Artículo veinticuatro. Recursos

Los recursos económicos del Instituto están constituidos por:

a) La dotación inicial del Instituto, que es de 4.000 millones de pesetas.

b) Las consignaciones previstas en los Presupuestos de la Generalitat Valenciana.

c) Las rentas y productos que generen los bienes y derechos que integren el patrimonio del Instituto.

d) Los ingresos procedentes de los servicios prestados por el Instituto.

e) Las subvenciones o aportaciones voluntarias de entidades e instituciones, tanto públicas como privadas o de particulares.

f) Las aportaciones de otras instituciones financieras, públicas o privadas, que se establezcan de acuerdo con las leyes y por medio de convenios de financiación o de colaboración financiera con el Instituto.

g) Las emisiones de títulos de renta fija u otras operaciones de endeudamiento, así como los derivados de la gestión de la cartera.

h) Los que provengan de otras operaciones financieras distintas de las de la letra anterior.

i) Los depósitos que constituyan en el Instituto otras instituciones públicas o intermediarios financieros.

Artículo veinticinco. Avales

1. El Instituto Valenciano de Finanzas podrá prestar avales a entidades y empresas dentro del límite máximo fijado con esta finalidad por la Ley de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para cada ejercicio.

2. El Instituto podrá prestar garantías de cualquier tipo sobre operaciones financieras, cualquiera que sea la modalidad de su instrumentación.

Artículo veintiséis. Endeudamiento

1. Los recursos ajenos obtenidos por el Instituto, cualquiera que sea la modalidad de su instrumentación, no deberán sobrepasar el montante de cinco veces los fondos propios.

2. Las obligaciones patrimoniales del Instituto tienen la garantía de la Generalitat Valenciana en los mismos términos que los de su Hacienda.

Artículo veintisiete. Normas de actuación económica

1. En el ejercicio de sus funciones el Instituto Valenciano de Finanzas se ha de ajustar a cuantas disposiciones de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana o de las Leyes anuales de Presupuestos de la Generalitat Valenciana le sean de aplicación, y, en particular, lo referente a la elaboración de presupuesto, a la contabilidad y a su control financiero.

2. Así mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 4 de este Reglamento, la actuación del Instituto se someterá a las directrices generales que en relación con la política crediticia le pueda señalar el Gobierno Valenciano y se acomodará a lo previsto en los programas económicos regionales, en su caso.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 del presente Reglamento, podrán adscribirse al Instituto los funcionarios de la Generalitat Valenciana que vengan desarrollando las actividades correspondientes a las funciones que se le atribuyan, por un período que no excederá de dos meses desde la fecha de atribución de competencias.

Segunda

Durante el período transitorio a que se refiere la disposición transitoria anterior, los funcionarios afectados se hallarán en situación de activo, salvo que hubieran optado por integrarse en la plantilla de personal laboral del Instituto en puestos de trabajo de, al menos, el mismo grupo y categoría en que se hallaren clasificados los puestos que vinieren ocupando, con reconocimiento de la antigüedad que les corresponda. En tal caso, dichos funcionarios quedarán en situación de excedencia voluntaria automática, con los derechos que legalmente les correspondan.

9800 *REAL DECRETO-LEY 5/1994, de 29 de abril, por el que se regula la obligación de comunicación de determinados datos a requerimiento de las Comisiones Parlamentarias de Investigación.*

El objetivo del presente Real Decreto-ley lo constituye el que los datos o documentos que obren en poder de la Administración Tributaria para el cumplimiento de los fines que ésta deba cumplir de acuerdo con el ordenamiento, puedan ser trasladados al ámbito parlamentario cuando una Comisión de Investigación lo requiera respecto a personas que desempeñen o hubieren desempeñado, por elección o nombramiento, cargos públicos en todas las Administraciones Públicas, siempre que el objeto de la investigación tenga relación con su función. Para ello, se proclama con carácter expreso el deber de la Administración Tributaria de comunicar a las Comisiones Parlamentarias de Investigación los datos o documentos oportunos cuando les sean expresamente requeridos en relación a personas o entidades concretas, tanto si tales datos o declaraciones proceden de los propios sujetos pasivos como si han sido obtenidos a través de informaciones de terceros.

Por otro lado, es necesario también incrementar el grado de colaboración de las entidades financieras con las Comisiones de Investigación, de manera que éstas puedan también acceder a los datos que las entidades financieras, tanto del sector bancario o asegurador como bursátil, puedan poseer y sean necesarios para el cumplimiento de las funciones de las Comisiones de Investigación, en los mismos supuestos personales que los establecidos para la Agencia Tributaria.

El presente Real Decreto-ley debe, en fin, dar cumplimiento urgente e inaplazable a un mandato parlamentario derivado de una proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 26 de los corrientes y trata así de atender a la situación social existente y de favorecer de manera inmediata el mejor funcionamiento de las instituciones y, en particular, de las de carácter parlamentario como las Comisiones de Investigación.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 29 de abril de 1994,

DISPONGO:

Artículo único.

La Administración Tributaria y las entidades de crédito, entidades aseguradoras, sociedades o agencias de valores, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, establecimientos financieros de crédito y, en general, cualesquiera entidades financieras, deberán proporcionar cuantos datos, informes, antecedentes o documentos les sean requeridos por las Comisiones Parlamentarias de Investigación a que se refiere el artículo 76 de la Constitución siempre que concurran las condiciones siguientes:

a) Que se refieran a personas que desempeñen o hubieren desempeñado, por elección o nombramiento, su actividad como altos cargos o equivalentes en todas las Administraciones Públicas, sus organismos autónomos, entidades de Derecho Público y Presidentes y Directores ejecutivos o equivalentes de los organismos y empresas de ellas dependientes y de las sociedades mercantiles en las que sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de las restantes entidades de Derecho Público o estén vinculadas a las mismas por constituir con ellas una unidad de decisión.

b) Que el objeto de la investigación tenga relación con el desempeño de aquellos cargos.

c) Que dichas Comisiones entendieran que sin tales datos, informes, antecedentes o documentos no sería posible cumplir la función para la que fueron creadas.

Disposición final única.

El presente Real Decreto-ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 29 de abril de 1994.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

9801 *ORDEN de 29 de abril de 1994 por la que se aprueba el modelo de declaración-liquidación que debe utilizarse en las transmisiones de determinados medios de transporte usados sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.*

La Orden de 30 de enero de 1987 aprobó el modelo de declaración-liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de vehículos usados y al mismo tiempo aprobó los precios medios de venta y porcentajes de deducción utilizables como medio de comprobación de este Impuesto. Dichos precios medios de venta han venido siendo actualizados para los diferentes años por sucesivas Ordenes. La Orden de 16 de diciembre de 1991 estableció por primera vez la posibilidad de utilizar como medio de comprobación los precios medios de venta en la transmisión de embarcaciones y aeronaves usadas, que se aprobaron en el anexo II de la mencionada Orden, utilizando el porcentaje de deducción que correspondiese según los años de utilización de la embarcación o aeronave que se recogían en el anexo III. La Orden de 18 de diciembre de 1992 actualizó los mencionados precios medios de venta y los porcentajes de deducción para el año 1993. La última actualización se llevó a cabo para 1994 por la Orden de 14 de diciembre de 1993, sobre precios medios de venta aplicables en la gestión de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones.

En consecuencia, se hace necesario realizar las oportunas adaptaciones en el modelo de declaración-liquidación de compraventa de vehículos usados entre particulares.

Haciendo uso de las autorizaciones que tiene conferidas, este Ministerio tiene a bien disponer:

Primero. *Aprobación del modelo 620.*

Se aprueba el modelo 620 «Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Compraventa de determinados medios de transporte usados entre particulares», que figura como anexo en la presente Orden. Este modelo será de uso obligatorio para los sujetos pasivos que realicen este tipo de contratos sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El citado modelo consta de tres ejemplares: Carta de pago, ejemplar para la Administración y talón de cargo.

Segundo. *Plazo, lugar de presentación e ingreso.*

Uno. La presentación de la declaración y, en su caso, el ingreso deberá realizarse en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a aquel en que se produzca el devengo del Impuesto.

Dos. Para la práctica de la liquidación, se podrán tomar en consideración los precios medios de venta establecidos anualmente por Orden, en cuyo caso el cálculo de la base imponible se efectuará aplicando al precio medio de venta el porcentaje de deducción que corresponda según los años de utilización del medio de transporte de que se trate.

Tres. Si de la declaración-liquidación resulta una cantidad a ingresar, se procederá a su ingreso en la entidad de depósito que presta el servicio de caja en la Delegación o Administración de la AEAT o en los organismos que desempeñen análogas funciones en las Comunidades Autónomas que tengan cedida la gestión del tributo.

Cuatro. Una vez realizado el ingreso, o sin haberlo realizado en los casos en que no proceda el mismo por tratarse de un supuesto de no sujeción o de exención, se procederá a presentar en la oficina gestora la declaración-liquidación junto con el documento original y su copia. El original, con su nota correspondiente, se devolverá al interesado para que pueda justificar el cambio de propietario en los organismos u órganos dependientes de la Dirección General de Tráfico, Dirección General de Aviación Civil o Dirección General de la Marina Mercante. La copia se conservará en la oficina gestora para su comprobación, rectificación o práctica de la liquidación complementaria que proceda.

Tercero. *Comprobación de valores.*

La Administración podrá comprobar el valor de los medios de transporte transmitidos por tasación pericial contradictoria, que podrá promoverse, en todo caso, por el sujeto pasivo para corregir la comprobación de valores resultante de la aplicación de los precios medios de venta y porcentajes de deducción.

Disposición derogatoria.

Queda derogada la Orden de 30 de enero de 1987 por la que se aprueba el modelo de declaración-liquidación que debe utilizarse para la autoliquidación de las transmisiones de vehículos usados sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados («Boletín Oficial del Estado» de 10 de febrero).

Disposición final.

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 29 de abril de 1994.

SOLBES MIRA

Ilmos. Sres. Director general de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y Director general de Tributos.

10232 *REAL DECRETO 907/1994, de 5 de mayo, de reestructuración de Departamentos ministeriales.*

La disposición final primera de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, autoriza al Presidente del Gobierno para variar, mediante Real Decreto, dictado a propuesta del mismo, el número, denominación y competencias de los Departamentos ministeriales.

Con objeto de alcanzar la máxima eficacia en la acción del Gobierno, se ha considerado oportuno adecuar la estructura departamental a las necesidades políticas del momento presente. Por ello, procede hacer uso de la autorización concedida en la Ley 21/1993.

En su virtud, a propuesta del Presidente del Gobierno,

DISPONGO:

Artículo 1.

La Administrción Central del Estado queda organizada en los siguientes Departamentos ministeriales:

Ministerio de Asuntos Exteriores.
Ministerio de Justicia e Interior.
Ministerio de Defensa.
Ministerio de Economía y Hacienda.
Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente.
Ministerio de Educación y Ciencia.
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
Ministerio de Industria y Energía.
Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
Ministerio de la Presidencia.
Ministerio para las Administraciones Públicas.
Ministerio de Cultura.
Ministerio de Sanidad y Consumo.
Ministerio de Asuntos Sociales.
Ministerio de Comercio y Turismo

Artículo 2.

Corresponden al Ministerio de Justicia e Interior las siguientes funciones:

a) Las actualmente atribuidas al Ministerio de Justicia.
b) Las actualmente atribuidas al Ministerio del Interior.

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en este Real Decreto.

Disposición final primera.

Quedan suprimidos los Ministerios de Justicia y del Interior.

Disposición final segunda.

El Ministerio de Economía y Hacienda realizará las supresiones, transferencias o habilitaciones de crédito necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en este Real Decreto, quedando subsistentes, hasta su desarrollo y aplicación, los órganos superiores, centros directivos, unidades y puestos de trabajo de los Ministerios objeto de supresión o reestructuración.

Disposición final tercera.

El presente Real Decreto entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 5 de mayo de 1994.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

10577 *ORDEN de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.*

El artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, faculta al Ministro de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas habrán de tratar o prever de forma expresa, así como exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos, pudiendo imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos.

La presente Orden, que complementa la de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, hace uso de la mencionada habilitación en relación con los préstamos en los que la garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda, operación financiera típica generalmente asociada a la adquisición del inmueble.

Dada su finalidad tuitiva, la Orden se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas.

La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.

Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. Las significativas precisiones que sobre la actuación de los Notarios establece la Orden en su artículo 7 justifican, por lo demás, que, aun constituyendo desarrollo del citado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, la presente disposición se dicte conjuntamente por los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda.

En su virtud y a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Estado, he tenido a bien disponer.

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Ambito de aplicación.*

1. La presente Orden será de aplicación obligatoria a la actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias:

1.ª Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda.
2.ª Que el prestatario sea persona física.
3.ª Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas.

2. La presente Orden será de aplicación a las actividades citadas que se realicen en España, cualquiera que sea el lugar de domicilio de la entidad de crédito que pretenda actuar como prestamista o el lugar de for-

malización del préstamo. En particular, se presumirán sujetos a esta Orden los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas residentes en España.

3. Con independencia de las reglas establecidas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas, en los préstamos otorgados por entidades de crédito a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el numero 1 de este artículo, resultará de aplicación lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los números 2 y 3 del artículo 6 de esta Orden. Asimismo, las escrituras de tales préstamos incluirán cláusulas con contenido similar al de las cláusulas financieras previstas en el anexo II de la presente Orden (con excepción de la 1.ª, 1.ª bis y 4.ª, apartado 1).

4. Aun cuando se den las circunstancias establecidas en el número 1 de este artículo, no quedará sujeta a la presente Orden la constitución de hipoteca en garantía de deudas anteriores de naturaleza no hipotecaria contraídas frente a la entidad de crédito en cuyo favor se constituya la hipoteca o a otras entidades pertenecientes al grupo de ésta.

5. En lo no previsto para los préstamos hipotecarios en la presente Orden será de aplicación lo dispuesto e la Orden de este Ministerio de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y en sus normas de desarrollo.

Artículo 2. *Naturaleza de la presente Orden.*

1. El incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones establecidas en esta Orden podrá ser sancionado de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

2. Lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación.

CAPITULO II

Actos preparatorios

Artículo 3. *Folleto informativo.*

1. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.

Si se trata de impresos que no contuvieran toda la información prevista en el citado modelo, las entidades deberán completarlos antes de su entrega.

2. La entrega del folleto será gratuita, pudiendo el interesado conservarlo en su poder aun cuando opte por no concertar el préstamo con la entidad.

3. Salvo lo dispuesto sobre comisiones en la citada Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo y lo establecido en el artículo 4.1, las condiciones contenidas en el folleto informativo tendrán carácter orientativo, lo que se hará constar en él de forma expresa.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre publicidad falsa o engañosa en el artículo 8.º 3 de la citada Ley 26/1984 y en las demás disposiciones aplicables.

Artículo 4. *Gastos y servicios accesorios.*

1. Cuando la entidad concierte o efectúe la tasación del inmueble u otro servicio que considere necesario, y dicho gasto sea por cuenta del cliente, deberá indicar a éste la identidad de los profesionales o entidades seleccionados al efecto.

Si el servicio fuera prestado directamente por la entidad de crédito o la relación de profesionales o entidades seleccionadas incluyera un número de ellos igual o inferior a tres, la entidad de crédito deberá suministrar, además, al cliente las tarifas de honorarios aplicables.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la prohibición contenida en el artículo 10.1.c), apartado 12 de la citada Ley 26/1984.

2. Cuando la entidad de crédito concierte o efectúe directamente la tasación del inmueble pero tales gastos sean a cargo del solicitante, la entidad de crédito deberá entregar a éste copia del informe de tasación si la operación llega a formalizarse, o el original de dicho informe, en caso contrario.

3. El folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se considerarán a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse.

Artículo 5. *Oferta vinculante.*

1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo.

La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta 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.

2. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el número 2 del artículo 7, en el despacho del Notario autorizante.

CAPITULO III

Documento contractual

Artículo 6. *Cláusulas financieras del contrato.*

1. Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la presente Orden. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquéllas.

Excepcionalmente, en el caso de contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden que, por su naturaleza especial, no puedan adecuarse íntegramente al modelo de cláusulas financieras establecidas en el citado anexo II, podrán las entidades de crédito someter a la verificación previa de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera los correspondientes modelos de contrato, justificando adecuadamente las circunstancias que impiden acomodarse a las cláusulas del cita-

do anexo. Transcurridos dos meses sin que recaiga resolución expresa, se entenderá verificado favorablemente el modelo.

2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación indivudalizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

1.ª Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden.

2.ª Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3.ª bis del anexo II de esta Orden.

Artículo 7. *Acto de otorgamiento.*

1. En materia de elección de Notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables.

2. El prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El prestatario podrá renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría.

3. En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario:

1.º Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

2.º En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden.

b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.

3.º En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo.

4.º En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al prestatario.

5.º En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

6.º Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

Disposición adicional primera.

Se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden.

En particular, queda también facultado para, mediante Circular, adaptar el anexo I de esta Orden, relativo al folleto informativo sobre préstamos hipotecarios, a aquellos supuestos en que lo exija el desarrollo de nuevas modalidades de préstamo, o en que otras circunstancias relevantes aconsejen mejorar su contenido.

Disposición adicional segunda.

El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos su valores regularmente.

Disposición final.

La presente Orden entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 5 de mayo de 1994.

PEREZ RUBALCABA

Excmos. Sres. Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia.

ANEXO I

Folleto informativo sobre préstamos hipotecarios sujetos a la presente Orden

Elementos mínimos que contendrán los folletos informativos sobre préstamos hipotecarios sujetos a la presente Orden:

1. Identificación del préstamo:

Denominación comercial.

Cuantía máxima del préstamo respecto al valor de tasación del inmueble hipotecado.

Moneda del préstamo (sólo si no fuera la peseta).

2. Plazo del préstamo:

Plazo total.

Plazo de carencia de amortización del principal.

Periodicidad de los pagos (mensual/trimestral/semestral/otros), y sistema de amortización.

3. Tipo de interés:

Modalidad del tipo de interés (fijo/variable).

Tipo de interés aplicable (indicación orientativa, mediante un intervalo, del tipo de interés nominal anual,

en caso de préstamos a tipo fijo; o del margen sobre el índice de referencia, en caso de préstamos a tipo variable).

Indice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible).

Plazo de revisión del tipo de interés (primera revisión y periodicidad de sucesivas revisiones).

4. Comisiones (indíquense aquéllas que resulten aplicables, señalando respecto a ellas, en todo caso, las máximas comunicadas al Banco de España y, optativamente, las mínimas previsibles):

Comisión de apertura.

Cantidad que, en caso de amortización anticipada, deberá satisfacer el prestatario a la entidad prestamista, distinguiendo, en su caso, entre amortización parcial y total.

Otras.

5. Gastos a cargo del prestatario:

Servicios que concertará o prestará directamente la entidad de crédito: Indiquénse los conceptos aplicables (por ejemplo, tasación) y, cuando sea obligatorio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Orden, las tarifas aplicables.

Indíquese la forma en que dichos gastos «suplidos» se cobrarán o repercutirán al cliente. Señálense expresamente los gastos que serán a cargo del solicitante del préstamo aun cuando el préstamo no llegue a formalizarse.

Servicios que deberá obligatoriamente contratar y abonar directamente el cliente: Indíquense los conceptos aplicables (por ejemplo, seguro de daños) y, con carácter meramente orientativo, su cuantía.

Impuestos y Aranceles (indíquense los conceptos aplicables y, de forma aproximada para cada uno de ellos, su base imponible y el tipo porcentual aplicable).

6. Importe de las cuotas periódicas: Se proporcionará al solicitante, a título orientativo, una tabla de cuotas periódicas, en función del plazo y tipo de interés.

ANEXO II

Cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden

Advertencia previa

Las cláusulas numeradas con ordinal simple (por ejemplo, la cláusula 1.ª) aparecerán necesariamente en todos los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden; las numeradas con ordinal-bis (por ejemplo, la cláusula 1.ª bis) sólo cuando resulten de aplicación. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.1 de la Orden para los contratos suscritos por constructores o promotores inmobiliarios.

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

a) El importe del préstamo.—Si se tratara de un préstamo en divisa (por ejemplo, ECUs), se especificará ésta, definiéndose adecuadamente. En las cláusulas correspondientes (2.ª, 3.ª, etc.) se señalarán las especificidades (por ejemplo, moneda de pago, cálculo del importe en pesetas de cada pago, etc.) derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta de la peseta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Las fechas de ejercicio de dicha facultad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.ª bis. *Tipo de interés variable*:

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

a) Como suma de:

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

b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.
c) Como suma de:

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

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

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

a) La definición del mencionado índice o tipo de interés; el organismo público, asociación o entidad privada que lo elabore; y la periodicidad y forma en que se publique o sea susceptible de conocimiento por el prestatario
b) Cuando el tipo de interés de referencia corresponda a operaciones cuyo periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto del contrato (por ejemplo, que el tipo de referencia esté definido como un tipo efectivo anual y el préstamo tenga pagos mensuales) o incluya conceptos (por ejemplo, comisiones) que estén previstos como concepto independientemente en el préstamo objeto del contrato, se indicará si debe efectuarse algún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés nominal aplicable, definido según la fórmula descrita en el apartado 1 de esta cláusula 3.ª bis.
En caso afirmativo, se indicará la fórmula o procedimiento del ajuste o conversión que deba efectuarse.
c) El índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término.

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

a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo.
Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.
b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

4. Umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable.—Si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permanezca inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcance, en más o en menos, cierto umbral), se expresará dicho umbral en fracciones de punto.
Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto).
5. Comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable.—La cláusula deberá especificar:

a) La forma en que el prestatario conocerá el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada período;
b) Si existe algún procedimiento especial que el prestatario pueda utilizar para reclamar ante la entidad en caso de que discrepe del cálculo efectuado del tipo de interés aplicable.

4.ª *Comisiones.*

1. Comisión de apertura.—Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará «comisión de apertura» y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula.
En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.
2. Otras comisiones y gastos posteriores.—Además, de la «comisión de apertura», sólo podrán pactarse a cargo del prestario:

a) La cantidad que haya de abonar el prestatario con ocasión del reembolso anticipado, conforme a lo estipulado, en su caso, en la cláusula 2.ª.
b) Los gastos de la operación mencionados en la cláusula 5.ª, incluidos los correspondientes a servicios prestados directamente por la entidad.
c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo. En el caso de préstamos en divisas, se incluirán las comisiones de cambio máximas que pudieran resultar aplicables.

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

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

a) La cuota total que corresponderá satisfacer al prestatario en cada fecha.
b) El coste efectivo de la operación, calculado conforme a las reglas establecidas al efecto por el Banco de España.

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

Podrán incluirse los siguientes conceptos:

a) Gastos de tasación del inmueble.
b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca.
c) Impuestos.
d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de Impuestos.
e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo.
f) Los derivados del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables.
g) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.
h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo.

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

a) El tipo de interés de demora, expresado sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia.
b) La base sobre la que se aplicará el interés de demora y su forma de liquidación.

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

a) Las causas especiales, distintas a las generales previstas en las Leyes, que faculten a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.
b) El importe de la penalización por resolución anticipada del contrato, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

10919 *REAL DECRETO 973/1994, de 13 de mayo, por el que se crea en el Ministerio de Justicia e Interior la Secretaría de Estado de Justicia, la Secretaría de Estado de Interior y la Subsecretaría de Justicia e Interior.*

La disposición final segunda del Real Decreto 907/1994, de 5 de mayo, de reestructuración de Departamentos ministeriales, establece, entre otros extremos, que quedan subsistentes, hasta que se produzca el oportuno desarrollo y aplicación de lo que el propio Real Decreto determina, los órganos superiores, centros directivos, unidades y puestos de trabajo de los Ministerios de Justicia y del Interior que según la disposición final primera del mismo Real Decreto son objeto de supresión al crearse un nuevo Departamento con la denominación que en él se le atribuye. Consecuentemente y para una mayor eficacia en el desempeño de las funciones que se asignan al Ministerio de Justicia e Interior, es preciso en este momento iniciar la reestructuración oportuna de ambos Departamentos estableciendo las Secretarías de Estado y Subsecretaría necesarias para el cumplimiento de las funciones que el artículo 2 del citado Real Decreto atribuye al nuevo Ministerio, todo ello sin perjuicio de la vigencia de cuanto la propia disposición final segunda del mencionado Real Decreto contiene hasta que se complete el desarrollo y estructuración que ahora se inicia.

En su virtud, a iniciativa del Ministro de Justicia e Interior, a propuesta del Ministro para las Administraciones Públicas y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 13 de mayo de 1994,

DISPONGO:

Artículo 1.

Se crea en el Ministerio de Justicia e Interior la Secretaría de Estado de Justicia que asume, sin perjuicio de la superior dirección del Ministro, las funciones del artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que según la disposición final primera del Decreto 1558/1977, de 4 de julio, le corresponden respecto de los centros directivos y organismos dependientes anteriormente del Ministerio de Justicia, a excepción de las asignadas a la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, así como cuantas funciones le delegue expresamente el Ministro titular del Departamento.

Artículo 2.

Se crea en el Ministerio de Justicia e Interior la Secretaría de Estado de Interior que asume, sin perjuicio de la superior dirección del Ministro, las funciones del artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que según la disposición final primera del Decreto 1558/1977, de 4 de julio, le corresponden respecto de los centros directivos y organismos dependientes anteriormente del Ministerio del Interior, así como cuantas funciones le delegue expresamente el Ministro titular del Departamento.

Artículo 3.

Se crea en el Ministerio de Justicia e Interior la Subsecretaría de Justicia e Interior que, bajo la superior dirección del Ministro, asume las funciones que se especifican en el artículo 15 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y que desempeñaban anteriormente las Subsecretarías de Justicia y del Interior, salvo aquéllas asignadas a las Secretarías de Estado de Justicia, de Interior y de Asuntos Penitenciarios.

Disposición adicional única.

Se suprime la Subsecretaría de Justicia.

Disposición transitoria única.

Hasta tanto se estructure la Subsecretaría de Justicia e Interior, que se crea por este Real Decreto, ejercerá las funciones de la misma el Subsecretario del Interior.

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en este Real Decreto.

Disposición final primera.

El Ministerio de Economía y Hacienda realizará las modificaciones o habilitaciones de crédito necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en este Real Decreto.

Disposición final segunda.

El presente Real Decreto entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 13 de mayo de 1994.

JUAN CARLOS R.

El Ministro para las Administraciones Públicas,
JERONIMO SAAVEDRA ACEVEDO

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana