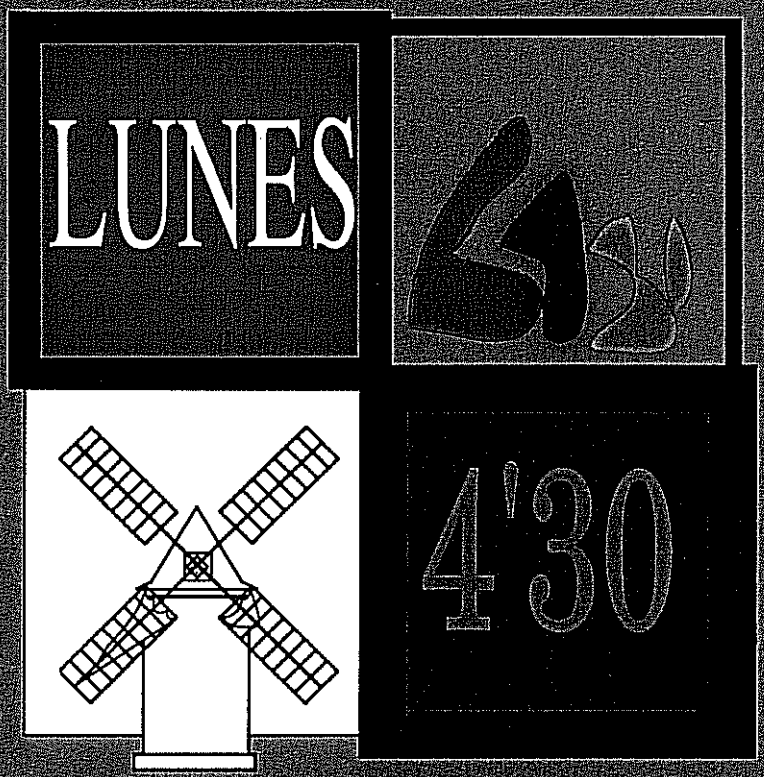
LUNES 4'30



Informativa de derecho privado y REGISTRAL

Año VII - Núm. 148 - 2ª Quincena, mayo, 1994

de derecho privado y registral
informativa
LUNES 4'30

sumario

Año VII - Núm. 148 - 2ª Quincena, mayo, 1994

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 9
SENTENCIAS 13

RELACIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CON EL CATASTRO, por Mª. Cristina Santaolalla, Subdirectora General del Notariado y de los Registros 15

'BREVE NOTA DE ALCANCE PARA ACOMPAÑAR AL TEXTO DE LA LLAMATIVA STC DE 5 DE MAYO DE 1994" 25

SUBROGACION Y MODIFICACION DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS (LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO), por E. M.-Piñeiro 34

HUMOR *Corral Jr.* 64

CHICO *JM. Chico: "La cultura referida al músculo y al sexo"* 62

..... 65

La revistilla debería hablar hoy de muchas cosas: de aspectos económicos, de Javier de Angulo, del homenaje de "despedida" que recientemente se dio a Juan M. Rey Portolés tras cesar como Presidente Territorial, etc. Sin embargo, la revistilla aun tiene tos y solo le restan fuerzas para deciros lo siguiente: ¿Os hubiera gustado, queridos, doctos y pacientes lectores, que por ahorrar unas pesetillas (ahorrando páginas) se os hubiera privado del ilustrado trabajo de E. M.- Piñeiro sobre la subrogación de hipotecas o tan siquiera su publicación se hubiera pospuesto a la próxima quincena? Por eso, porque estoy seguro de que no os hubiera gustado tamaña bellaquería (¿quién os conoce mejor que yo?), necesitamos subir el importe de la suscripción de la LUNES de 15.000 a 20.000 pesetillas anuales... Total 5.000 pesetillas/año... Lo que vale/cuesta una cena... Y no me acuseis de prodigalidad: por ahorrar páginas/pesetas dejamos para la próxima quincena la publicación de la última colaboración recibida (un informe de FERNANDO CANALS sobre autocontratación) y posponemos, ¿indefinidamente?, la publicación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, etc., que el diligente Resumidor ha acotado íntegramente para su reproducción pero que por su extensión —que iguala su interés— nos desborda ahora. ¡Maldito parné!

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 Domínguez Calatayud
Rodolfo Bada Mañó
Carlos J. Orts Calabuig

CONSEJERO HONORARIO:
José María Chico Ortiz

FUNDADOR:-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

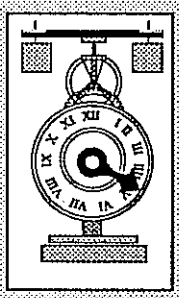
*

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

*

Depósito legal: V-1212-1988

Quienes no seais Director General de los Registros, Subdirectora General del Notariado y de los Registros, catedráticos españoles o extranjeros, registrador de la propiedad portugués, directores de publicaciones con pacto de mutua rapiña o Decano del Colegio de Registradores o registrador jubilado, habeis pasado a formar parte, por mor de la necesidad y por acuerdo del Consejo de Redacción adoptado por unanimidad menos uno, de la especie de suscriptores onerosos, por lo que podeis comenzar a enviar vuestros talones de 20.000 pesetas a la Secretaria de Redacción, a la dirección que consta en la columna marginal. Los que así no lo hagais, recibireis la revistilla de la próxima quincena contra reembolso de dichas 20.000 ptas. En caso de desear daros de baja —lo que os desaconsejo— basta con que no atendais el contra reembolso. Si así fuera, ¡hasta siempre!



casos prácticos

Assemblea Territorial dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya
Consell de Cent, 334-336
08009 - BARCELONA

CASOS PRÁCTICOS

(Tomados del BOLETIN del CEH de Cataluña, núm. 54, abril - mayo 1994).

Por Francisco Javier Gómez Gálligo

ADJUDICACIÓN DE EMBARGO CUANDO LA ANOTACIÓN ESTÁ CADUCADA.

El problema se plantea en los siguientes términos:

a) Anotación de embargo letra A.

b) Anotación de embargo letra B.

c) Adjudicación derivada de A que se inscribe cuando la anotación está ya caducada -y por tanto con arrastre de la carga B-.

d) Adjudicación derivada del embargo B ¿es inscribible pese al obstáculo de estar inscrita la finca a nombre del adjudicatario en el primer procedimiento?

El sistema hipotecario español se caracteriza por ser de avance de puestos, de manera que si se cancela un gravamen el posterior pasa a ser preferente. Por eso es muy importante que la adjudicación derivada del procedimiento ejecutivo que motiva la anotación de embargo debe presentarse en el Registro de la Propiedad antes de que caduque la anotación preventiva, pues si el testimonio del auto de adjudicación (que es el título suficiente desde la reforma procesal de 30/4/1992) se presenta después de caducada la anotación perderá toda prioridad respecto de cargas posteriores, las cuales pasarán a ser preferentes.

Así lo tiene declarado la jurisprudencia registral, de manera que si existen dos anotaciones de embargo y la primera caduca, la segunda pasa a tener primer rango con todas sus consecuencias, sin que sea posible cancelarla como posterior en el procedimiento derivado de la primera (R.D.G.R.N. 28/9/87). Por el contrario, si se inscribe la enajenación durante la vigencia de la anotación de embargo, la prioridad ganada se traslada a la enajenación, procediendo la cancelación de las cargas posteriores aunque el mandamiento cancelatorio se presente una vez cancelada por caducidad la anotación preventiva que motivó la ejecución (R.D.G.R.N. 28/7/89).

Así, no cabe duda que si se inscribe el testimonio del auto de adjudicación derivado del embargo B, cuando la anotación del embargo A está ya caducada, ya no cabrá inscribir el testimonio de la adjudicación derivado del embargo A, el cual deberá denegarse por falta de tracto sucesivo (artículo 20 L.H.).

Sin embargo, cuando lo que se inscribe primero -como ocurre en el supuesto de hecho- es la adjudicación derivada de A, aunque esté cancelada por caducidad la anotación, surge un obstáculo registral para inscribir la adjudicación derivada del segundo procedimiento B que ha pasado a ser preferente desde el punto de vista registral. Por eso no bastará un mandamiento genérico de cancelación de gravámenes posteriores al embargo que se ejecuta, sino que será necesario un mandamiento de cancelación de la inscripción de dominio practicada en virtud del primer procedimiento, pues aunque haya perdido prioridad ha llegado antes al Registro.

Es decir, así como normalmente se pueden inscribir los testimonios de los autos de adjudicación y luego esperar al mandamiento de cancelación de cargas (cfr. la citada **R.D.G.R.N. 28/7/89**), cuando existe una inscripción de dominio contradictoria con el testimonio del auto de adjudicación que se pretende inscribir, será necesario que vaya acompañado del mandamiento de cancelación de cargas (sin que pueda inscribirse sin éste), y además que en el mismo no sólo se ordene la cancelación genérica de los "*gravámenes*" posteriores sino también de las "*inscripciones*" posteriores, a ser posible de manera expresa, si bien éste último requisito no es indispensable -bastando la cancelación genérica de las inscripciones posteriores- dado que la inscripción derivada del embargo caducado debe ser considerado como posterior a los efectos del art. 175 RH reformado por RD 13/11/92, que se remite a su vez al artículo 1518 L.E.C. que también exige acreditar si ha habido o no sobrante y si éste se ha consignado a disposición de los interesados (entre los cuales estaría quien ha adquirido en el procedimiento devenido posterior).

OTRO PROBLEMA DE PRIORIDAD REGISTRAL.

Se podrían plantear otros problemas derivados de la prioridad registral como el siguiente, en el que concurrían los siguientes datos por orden cronológico:

a) Inscripción a nombre del titular registral A.

b) Hipoteca que hace B en favor de C sobre la misma finca.

c) Embargo por deudas de A que se presenta al Registro de la Propiedad después de la hipoteca.

d) Presentación de la escritura de venta de A en favor de B.

La solución del problema pasa por el cumplimiento del principio de prioridad registral, despachando por orden de presentación con excepción de los títulos que exigen despachar previamente títulos posteriormente presentados, los cuales se inscribirán a continuación del título previo.

Así en el supuesto de hecho, la solución sería:

a) Anotación del embargo por deudas de A, aún titular registral.

b) Inscripción de la venta en favor de B, con arrastre del embargo.

c) Inscripción de la hipoteca que hace B en favor de D.

No sería correcto inscribir la compraventa, y luego la hipoteca (con la consiguiente denegación del embargo), ya que la anotación del embargo ha llegado al Registro de la Propiedad con anterioridad a la compraventa.

TESTIMONIO JUDICIAL APROBATORIO DE CONVENIO EN QUE SE REMITEN A UNA ESCRITURA PÚBLICA DE ELEVACIÓN.

Aunque el testimonio judicial del convenio regulador de los efectos de la disolución del régimen económico matrimonial, aprobado en un juicio de separación, nulidad o divorcio, es directamente inscribible sin necesidad de escritura pública (**R.D.G.R.N. 9/3/1988**) siempre que está aprobado judicialmente (**Cfr. A.T.S.J.C. 8/2/1994**), si en el propio convenio se exige la elevación a escritura pública, o se prevé el pago de una determinada cantidad en el momento de su elevación a escritura, o cualquier fórmula similar de la que se deduzca que la voluntad de los interesados es la elevación a escritura pública del convenio, tal requisito será necesario para la inscripción de las adjudicaciones en el Registro de la Propiedad.

DECLARACIÓN DE QUIEBRA DE LA HERENCIA EN PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

Ningún inconveniente plantea la posibilidad de anotación preventiva de la declaración de quiebra de la herencia yacente, siempre que se acredite el fallecimiento del comerciante titular

registral a través de la correspondiente certificación de defunción.

Y es que cabe tanto quiebra del comerciante fallecido como quiebra de la herencia yacente. En el primer caso es el propio comerciante el que incurrió en insolvencia definitiva (o la fecha de retroacción se remonta a cuando estaba vivo), de manera que también hubiera quebrado de no sorprenderle la muerte. En el segundo caso, -la quiebra de la herencia- presupone que con posterioridad a la muerte del causante y antes que se confunda el patrimonio hereditario con el del heredero, se revela aquél insuficiente para el pago del pasivo hereditario.

La declaración de quiebra de la herencia está admitida expresamente en el artículo 1053 L.E.C., que admite la declaración de quiebra o concurso de las testamentarías, con sujeción a las mismas normas que los procedimientos ordinarios de quiebra o concurso. Cabe por tanto quiebra de la herencia (sea testamentaria o abintestato) debiendo interpretar la palabra testamentaría que utiliza el artículo 1053 L.E.C. como herencia, en la doble posibilidad de testada o intestada.

La citada declaración de quiebra de la herencia puede ser instada tanto por los acreedores como por los propios llamados a la herencia, antes de la aceptación, pues no cabe quiebra de la herencia sino de los propios herederos cuando ha habido aceptación de la herencia expresa o tácita.

La quiebra de la herencia gozaría de los beneficios de inventario (que protege a los herederos y a sus acreedores contra los acreedores de la herencia) y el de separación (que protege a los acreedores de la herencia frente a los acreedores de los herederos).

En cualquier caso, la declaración de quiebra de la herencia sería anotable, de conformidad con el artículo 42 párrafo 5º L.H. y con arreglo a la postura jurisprudencial favorable a admitir anotaciones preventivas en favor de titularidades transitorias o que no tienen propiamente personalidad jurídica cuando gozan de entidad o legitimación propia en algún aspecto (v. gr. anotación de embargo en favor de comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, acreedores en la suspensión de pagos -cfr. R.D.G.R.N. 28/1/1987-, etc.).

ACTOS REALIZADOS EN REPRESENTACIÓN DE UNA SOCIEDAD ABSORBIDA ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ABSORCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Cuando una sociedad es objeto de absorción por otra, se puede plantear problemas de representación de la misma en el plazo que transcurre entre la adopción del acuerdo de disolución y liquidación como consecuencia de la absorción y su inscripción en el Registro Mercantil.

Ningún problema se plantea, y esto es lo correcto, cuando en el propio acuerdo de disolución y liquidación por absorción, se regula expresamente las facultades representativas de la sociedad absorbida hasta el momento de la inscripción en el Registro Mercantil. Lo hecho en ejercicio de tales facultades representativas, expresamente atribuidas, vincularían a la sociedad absorbente, por analogía con lo dispuesto en el artículo 15 L.S.A. para las sociedades en formación.

Sin embargo, el problema se plantea cuando nada se prevé al respecto. En estos casos, parece lo más seguro defender el carácter constitutivo de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil, de manera que hasta entonces no podrán los órganos de representación de la sociedad absorbente vincular el patrimonio de la absorbida, y lo hecho por los representantes de la sociedad absorbida entre la disolución y su inscripción en el Registro Mercantil -que en principio carecen de facultades representativas como consecuencia de la disolución- podrá ser ratificado por la sociedad absorbente una vez inscrita en el Registro Mercantil la absorción.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL SUSPENSO CON AUTORIZACIÓN DE LOS INTERVENTORES PERO SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Los artículos 5 y 6 de la ley de suspensión de pagos deben ser interpretados en el sentido de que el suspenso conserva su capacidad jurídica plena, sin otra limitación que el concurso (entendido como asistencia) de los interventores para operaciones de cobro o aceptación, endoso o protesto de efectos comerciales y el acuerdo (entendido como aceptación) para contraer cualquier obligación o verificar pagos, relativos o no a operaciones ordinarias de tráfico.

Sólo en el caso en el que se le impongan especiales limitaciones al suspenso (prohibiciones

de disponer, afianzamientos, necesidad de específica autorización judicial, etc.) y estén éstas publicadas, podrá el registrador de la propiedad rechazar los actos inscribibles realizados por el suspenso en su contravención.

Mientras tanto, el suspenso, con el concurso o acuerdo de los interventores judiciales, puede realizar cualquier acto de disposición o gravamen, sin necesidad de específica declaración judicial de autorización.

EL DERECHO DE TRANSMISIÓN NO ES UN DERECHO INSCRIBIBLE.

Es objeto de calificación una escritura de aceptación de herencia, en la que el heredero pretende inscribir a su nombre la cuarta parte del derecho de transmisión que correspondería al causante sobre la herencia de su madre (abuela del ahora aceptante).

Es decir, si son varios los herederos de un primer causante, no puede el que es a su vez heredero de uno de ellos inscribir a su nombre una cuota parte de ese derecho de transmisión, que no es en sí un derecho real, sino una facultad de aceptar o no una herencia, y que debe ser ejercitado por todos los coherederos (o en su caso, si uno de ellos renuncia, ha premuerto o es incapaz, deberán tenerse en cuenta la voluntad del causante si ha impuesto una sustitución o si no procederá el acrecimiento a los demás).

El "*transmisario*" o heredero del heredero lo que sí podría -en tanto se practica la partición de la herencia junto con los demás coherederos- es aceptar la herencia del primer causante en la parte que le pueda corresponder y anotar preventivamente su derecho hereditario (anotación que se podría prorrogar y que se cancelaría en los supuestos previstos en el artículo 209 R.H.), para lo cual es necesario solicitud expresa, pero nunca inscribir a su nombre una cuota parte del derecho de transmisión, que no es -insisto- derecho real inscribible.

■

PRÁCTICA DIARIA:
LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN LA PRÁCTICA DIARIA:

VIVIR PARA VER.

Por José Manuel García García.

(Tomado del BOLETIN del CEH de Cataluña, núm. 54, abril - mayo 1994).

ACEPTACIÓN DE DONACIÓN SIN NOTIFICACIÓN AL DONANTE.

Se presenta en el Registro escritura pública de donación en la que comparece únicamente el donante. En un momento posterior comparece el donatario, que acepta la donación, lo cual resulta de una diligencia de fecha diferente puesta a continuación de la escritura, y resulta de la misma copia.

El Registrador notifica la siguiente calificación:

"*Conforme al artículo 633 del Código Civil, la aceptación no surte efecto si no se hace en vida de la donante. En consecuencia, debe notificarse en forma auténtica la aceptación a la donante, acreditando que se ha recibido la notificación. O que la donante comparezca ante Notario y se dé por enterada de la aceptación*".

Cumpliendo esta calificación se estima que, aparte de atenderse a la legalidad del art. 633, se evita que el día de mañana la donación pueda ser dejada sin efecto o discutida su eficacia si se plantea una desavenencia entre donante y donatario. En tal situación interina, no cabría aplicar presunciones de exactitud ni salvaguardia judicial de los asientos.

HIPOTECA SIN PLAZO.

La calificación registral, en su lectura diaria de todos los pactos de una escritura de hipoteca de máximo, llega al pacto del documento titulado "*duración de la hipoteca*", y observa que está en

blanco el espacio relativo a los años de duración de la hipoteca.

Una hipoteca sin plazo no puede inscribirse en el Registro, pues no podría ejecutarse por el procedimiento judicial sumario y produciría un confusionismo para los terceros que quisieran interesarse en la adquisición de la finca y para los sucesivos posibles titulares de hipotecas y otros derechos reales.

Para velar por la correcta circulación de los bienes y la seguridad del tráfico, evitando obscuridades y confusionismos, está la calificación registral, en su función cautelar del Derecho.

En la mayor parte de los casos se están subsanando supuestos similares a éste, sin ningún problema. Pero en el presente caso, notificada la calificación registral, no es posible la subsanación porque ha surgido un conflicto entre el acreedor y el deudor hipotecarios, negándose éste a afirmar y a reconocer la subsanación.

Se pregunta al Registrador la forma de solucionar el problema.

Podría ser la siguiente: En primer lugar, para tener plazo suficiente y no perder la hipoteca la prioridad, ha de solicitarse anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable. Así se hace. Seguidamente, se solicita al Juzgado de Primera Instancia prórroga de dicha anotación de suspensión, lo que también se efectúa y llega al Registro el mandamiento en autos de jurisdicción voluntaria en que el Juez dicta auto reconociendo la justa causa para la prórroga de la anotación de suspensión.

Entretanto, dentro del plazo de vigencia de esa anotación de suspensión, el acreedor hipotecario habría de preparar la correspondiente demanda y anotación de demanda, para que el Juez, ante un contrato sin plazo y sin que el deudor colabore en la subsanación, determine la duración, conforme a lo dispuesto en el artículo 1128 del Código Civil, que dice: "*Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los tribunales fijarán la duración de aquél*". "*También fijarán los tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor*".

TÍTULOS EN QUE NO CONSTA SI LA VIVIENDA TRANSMITIDA O GRAVADA ES O NO HABITUAL DE LA FAMILIA.

Cuando una nueva Ley entra en vigor, en los primeros meses es cuando la calificación registral ha de estar más vigilante, pues lo normal es que en esos primeros momentos se produzcan desajustes, pero una vez recordada y controlada la legalidad, las aguas vuelven a su cauce y se produce entonces el cumplimiento normal de la Ley. Por eso, puede sentarse la siguiente conclusión obtenida de la realidad sociológica en que se mueve la calificación: Sin calificación el tráfico jurídico de bienes inmuebles sería una verdadera selva, que haría imposible la aplicación de los principios de legitimación y de fe pública registral, es decir, sería imposible la seguridad jurídica.

Es lo que ocurrió en materia de declaraciones de obra nueva a raiz de la publicación de la reciente Ley del Suelo y es lo que puede ocurrir a la entrada en vigor de la nueva Ley del Parlamento de Cataluña, en cuyo artículo 9 se establece lo siguiente:

"*Cualquiera que sea el régimen matrimonial aplicable, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual necesaria para la vida familiar y de sus muebles de uso ordinario si pertenecen a un sólo cónyuge éste deberá obtener el consentimiento del otro o, en su defecto, la autorización judicial*".

"*La falta de estos requisitos, si el cónyuge transmitente hubiera ocultado el destino familiar de los bienes indicados mediante una manifestación expresa y falsa, no afectará a la validez de la transmisión onerosa, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que habrá incurrido este cónyuge, de acuerdo con la legislación aplicable*".

Examinados en febrero de 1994 por un Registro los siete primeros documentos que han llegado al Registro después de la entrada en vigor de dicha Ley, se observa que dos de ellos cumplen el artículo 9, manifestando el transmitente de modo expreso en el documento que la vivienda no es habitual de la familia.

Respecto a los cinco restantes, se califican con el siguiente oficio:

"*Conforme resulta del artículo 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña de 30-9-93, debe constar en su caso, la "manifestación expresa de que la vivienda no es habitual de la familia"; y caso de serlo, se precisaría el consentimiento del otro cónyuge*".

Se estima que con tal calificación se protegen los intereses del otro cónyuge y se clarifica la legalidad en el tráfico jurídico, pues los terceros

quedan a cubierto sólo en el caso de que haya habido una manifestación expresa en tal sentido.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CRÉDITOS CONSIGNADOS EN PÓLIZAS.

En la escritura de hipoteca se alude a unos créditos formalizados en pólizas de crédito que son garantizados con hipoteca ordinaria por cantidades determinadas y fijas; y como en la escritura se alude a la garantía de unos intereses "*al tipo máximo del 18%*" sin más especificaciones, se estima que ese máximo quizá obedezca a que en las pólizas podría haberse pactado interés variable y que por tal razón se alude a un "*tipo máximo*", pues en otro caso, no tendría explicación aludir a ese máximo; por ello se notifica lo siguiente:

"*A efectos de poder consignar los intereses que constan en las pólizas, debe acompañarse testimonio de ambas pólizas que se dice obran incorporadas a la matriz, pero que no se acompañan*".

Presentada la escritura con el testimonio de dichas pólizas, se notifica la siguiente calificación:

"*1º) Aportadas las pólizas de crédito en que constan los intereses, se observa una discordancia entre los tipos de interés que constan en las pólizas, que es del 14% anual en una póliza, y en otra el 14'5%, y en cambio en la escritura se alude al tipo máximo del 18%. Dado que no se pacta interés variable, no cabe hablar de tipo máximo, sino que debe ser para cada operación el que consta en las respectivas pólizas, lo que debe aclararse*".

"*Respecto al interés de demora que consta en las pólizas, no cabe su inscripción pues no está garantizado con hipoteca, sin que pueda tampoco mezclarse con los intereses ordinarios, sino que precisaría cantidad máxima específica por tal concepto. Caso de garantizarse, no cabría que excedieran, junto con los ordinarios, del tope del artículo 114 LH*".

"*2º) Por otra parte, se observa que el plazo de las pólizas no cuadra con el plazo de diez años que se pactó en la escritura, y como la hipoteca es por la operación de las respectivas pólizas, no cabe un plazo diferente, salvo que se pacten prórrogas de las pólizas, en cuyo caso debe quedar claro el plazo de vencimiento de cada una*".

El Registro de la Propiedad está para dar claridad a las situaciones inscritas evitando que se apliquen los principios de legitimación e inatacabilidad a situaciones ambiguas y contradictorias.

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTO JUDICIAL: EMBARGO DE UN PISO POR DEUDAS DEL MARIDO, CORRESPONDIENDO SEGÚN EL REGISTRO EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LA ESPOSA SEPARADA.

Se decreta por el Juzgado de Primera Instancia anotación preventiva de embargo sobre una vivienda por deudas de un determinado señor, a través del correspondiente mandamiento judicial.

Se comunica la siguiente calificación registral:

"*La finca está inscrita en propiedad a nombre del deudor demandado según la inscripción 3ª*".

"*Pero según la inscripción 4ª, el USO de la vivienda familiar se atribuye a la esposa doña..., como consecuencia de una Sentencia de separación.*

"*Ante esta situación, para que la anotación de embargo pueda practicarse es necesario:*

"*1º) Que se solicite y se practique únicamente sobre los derechos que corresponde al demandado don..., dejando libre de embargo el derecho de uso correspondiente a la esposa, pues es un derecho preferente.*

"*2º) Que, aun no debiendo quedar embargado el derecho de uso de la esposa por no ser deudor, sin embargo debe notificarse a la misma el embargo practicado sobre los derechos del marido, pues el artículo 96 párrafo último del Código Civil dice que "para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponda al cónyuge se requerirá el consentimiento de ambas partes, o en su caso, autorización judicial".*

"*Ha de observarse que no se trata de disponer de la "vivienda habitual", sino sólo de los derechos del marido deudor sobre dicha vivienda habitual", pero aún así se estima también aplicable el requisito de la notificación al otro cónyuge por analogía con el artículo 144 número 5 del Reglamento Hipotecario*".

"*En todo caso, no ha de notificarse a la esposa "que se ha embargado la vivienda familiar"*", sino que se han embargado los derechos del marido sin incluir en el embargo el derecho de uso de la esposa, que ha de quedar a salvo de embargo, según se ha dicho en el apartado 1º de esta nota.

"Se acompaña fotocopia de las inscripciones 3ª y 4ª de la finca registral...".

El Juzgado acepta la calificación registral, acompañándose mandamiento adicional en el que se inserta providencia que dice: *"Tal como se interesa librese mandamiento por duplicado al Sr. Registrador de la Propiedad, haciéndose constar que se ha practicado a la esposa del demandado el embargo trabado sobre los derechos que ostente el demandado D... sobre el piso inscrito..."*.

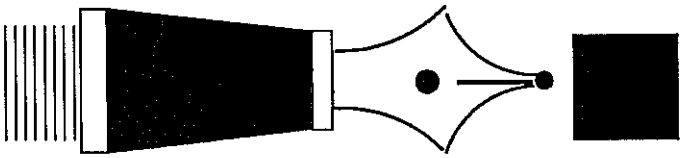
Por todo ello, quedan respetados todos los derechos en juego, pues la anotación de embargo se practica sobre los derechos del marido en el piso con exclusión del derecho de uso correspondiente a la esposa, y ésta ha tenido conocimiento de tal embargo para que pueda ejercitar en el procedimiento los derechos que estime le correspondan. En todo caso, queda salvaguardado su derecho de uso, que no queda embargado.

CONCLUSIÓN.

La práctica diaria y la realidad sociológica demuestran que los documentos que se presentan en los Registros no siempre tienen la cualidad de *"autosuficientes"*, y desde luego carecen de las presunciones de validez y eficacia, así como de la protección judicial de salvaguardia de los asientos, mientras no sean inscritos en el Registro. Es en virtud del control de legalidad de la calificación registral, que tiene en cuenta no sólo los intereses de las partes, sino los de los terceros y los de la legalidad, como se justifica que el documento, una vez inscrito, obtenga la presunción de exactitud y validez y eficacia en el tráfico jurídico y en el proceso, y la inatacabilidad del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Por eso, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, por su conexión directa con los principios de cierre registral, especialidad, legitimación y fe pública registral, es uno de los fundamentales del sistema inmobiliario, y esa importancia se confirma a la luz del artículo 3 del Código civil, es decir, de la realidad social actual que se manifiesta en los casos de la práctica

José Manuel García García.



RESOLUCIONES

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por Rodolfo BADA MAÑÓ (R.B.M.) y Carlos J. ORTS CALABUIG (C.J.O.C.)

R 6 ABRIL 1994 (BOE 25 DE MAYO)

ANOTACION DE EMBARGO CADUCADA Y CANCELADA.

NO ES INSCRIBIBLE EL MANDAMIENTO DE CANCELACION DE LAS ANOTACIONES POSTERIORES EMANADO DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DE LA ANOTACION CADUCADA.

Esta R reitera la doctrina de las RR que cita en el Vistos según la cual, y de conformidad con el principio de prioridad registral, caducada una anotación las posteriores pasan a tener mejor rango, sin que sea ya posible proceder a su cancelación en virtud de un título —mandamiento cancelatorio—que solo es bastante en cuanto se trate de segundas anotaciones no preferentes. (La preferencia entre los créditos, añade la DG, "*es una cuestión a decidir bien en el procedimiento oportuno, bien por arreglos extrajudiciales*".)

R 25 DE ABRIL 1994 (B.O.E. 24 MAYO)

MERCANTIL. SA.

CADUCIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. NOTA MARGINAL DE CANCELACIÓN POR CADUCIDAD A INSTANCIA DE PARTE.

"... en aquellos supuestos en que una actuación viene expresamente impuesta de oficio, nada impide que sea excitada por quien esté interesado en su realización, sea por vía de petición o simple denuncia de la existencia del supuesto que ha de dar lugar a la misma".

Supuesto de hecho: Por medio de acta Notarial los componentes de un Consejo de Administración solicitan del Registrador extienda la nota marginal de cancelación de la inscripción del nombramiento

de Administradores prevista en el artículo 145.3 del Reglamento del Registro Mercantil, (R.D. 1597/89, de 29 de Diciembre), cuando dicho asiento ha caducado conforme los números anteriores del mismo precepto.

LA REGISTRADORA denegó la práctica de la nota marginal, con la siguiente nota de calificación: 1º.- No contener el documento acto inscribible alguno por cuanto la caducidad de la inscripción opera ope legis independientemente de que se extienda o no la correspondiente nota y la actuación del Registrador es de oficio y no a instancia de parte. 2º.- Ser contradictorio en sí el documento presentado por cuanto interesa convertir en cese un acto que es competencia exclusiva del Registrador sin que aparezca que los otorgantes hayan efectuado renuncia a sus cargos ni hayan sido cesados contra la doctrina que resulta de las Resoluciones de 24 de junio de 1968, 30 de mayo de 1974, 12 de mayo de 1978 y 18 de junio de 1979 que admiten la subsistencia de los nombramientos aún después de su caducidad a los efectos de convocar Junta General que ratifique sus nombramientos o proceda a nueva designación en aras del principio de conservación de la empresa. 3º.- El cese de todos los Consejeros que se pretende por la vía de la nota marginal solicitada es contrario a la doctrina que se deduce de las resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992. 4º.- La actuación solicitada coloca a la sociedad, contra el principio señalado en el defecto 2º, en situación de incursa en causa de disolución conforme al artículo 260-3º de la Ley de S.A., con infracción por los Administradores de lo dispuesto en el artículo 262-1 y 2 y con el alcance de los nº 4 y 5 del citado precepto. 5º.- La caducidad de la inscripción que resulta del artículo 145 del Reglamento no afecta más que al asiento registral sin que tenga transcendencia respecto al nombramiento en sí por cuanto la reelección puede haberse producido aunque no se haya presentado a inscripción y tal y como dispone el artículo 125 de la Ley los nombramientos producen efecto desde su aceptación independientemente de que se haya o no practicado la inscripción, sin que los interesados puedan intervenir en los procedimientos registrales, como lo es la actuación cancelatoria del Registrador, tal como se deduce de las Resoluciones de 3 y 4 de diciembre de 1986. 6º.- La disposición transitoria cuarta-2 de la Ley de S.A., concede a las sociedades un plazo que finalizó el 30 de junio de 1992 interpretado en los términos de la Resolución de 18 de marzo para presentar el acuerdo de reelección o cese de aquellos administradores que vinieran ejerciendo el cargo por periodo superior a cinco años contados desde el nombramiento por lo que otorgada el acta el 29 de junio tal derecho estaba vigente con lo que claramente se deduce que la finalidad del otorgamiento es simplemente eludir las posibles sanciones previstas en el artículo nº 4 de dicha disposición.

EL RECURRENTE, basó su escrito de reforma en los siguientes puntos:

a.- La caducidad responde a la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico.

b.- En cuanto la actuación de oficio, no es aceptable que allí donde exista esta actuación no quepa la instancia de parte.

c.- Que la caducidad de la inscripción opera "*ope legis*", y lo que se pretende es la constancia de aquella caducidad mediante la nota marginal reglamentariamente prevista, sin que sea precisa la renuncia o el cese por la junta, sobrando y bastando la caducidad impuesta por ley.

d.- En la caducidad no hay una desvinculación unilateral de la sociedad, lo que hay es una extinción de la relación bilateral sociedad-administradores por una causa pactada de mutuo acuerdo: el transcurso del plazo. De ahí que para que la caducidad opere en el Registro se precisa que vencido el plazo, se haya celebrado la siguiente Junta General, o haya transcurrido el plazo para la celebración de la Junta General ordinaria, por lo cual, si ha transcurrido este plazo, el nombramiento de los administradores debe cancelarse por caducidad sin más.

e.- No cabe afirmar que la finalidad perseguida sea evitar la aplicación de sanciones. La Resolución de 22 de julio de 1940, que precisamente trató de la rogación en el Registro Mercantil, advierte que la calificación tiene que circunscribirse a los defectos presentados sobre cuya base tiene que operar.

LA REGISTRADORA SE OPUSO EN BASE A:

1.- La doctrina de este Centro Directivo (cifr. Resoluciones de 24 de junio de 1968, 30 de mayo de 1974 ó 12 de mayo de 1978 entre otras) sobre la válida actuación de los administradores con nombramiento caducado a efectos de convocar la Junta General que provea a la designación de nuevos cargos.

2.- La más reciente doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de 26 y 27 de mayo de 1992, inspirada como la anterior en el principio de conservación de la empresa evitando

situaciones de vacío en el órgano de Administración.

3.- La irretroactividad de la aplicación de la norma reglamentaria a situaciones creadas al amparo del régimen jurídico anterior a la reforma de la legislación mercantil.

4.- Que el documento presentado no contiene acto alguno inscribible y que la cancelación interesada implica una actuación de oficio y no a instancia de parte, cuya admisión implica una intervención de los interesados en el procedimiento registral sustraído a su decisión.

LA DIRECCIÓN GENERAL estima el recurso interpuesto y revoca la nota y decisión de la Registradora al entender que:

a).- Que el artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil ha establecido un plazo de vigencia para la inscripción que recoja el nombramiento de administradores.

b).- Los supuestos contemplados en las Resoluciones de 26 de mayo y 27 de mayo de 1992 no son asimilables al que ocupa el presente recurso no ya por la distinta razón a que obedecía el cese de los administradores, -la desvinculación unilateral por renuncia frente a la finalización del plazo por el que se hiciera el nombramiento—, sino por cuanto en aquéllos se contemplaba la posibilidad o no de inscripción de un acto voluntario (art. 147 del Reglamento del Registro Mercantil) cuyo reflejo registral dejaría vacío de contenido otro asiento a la sazón vigente, en tanto que aquí se contempla el supuesto de cancelación de un asiento que por expresa determinación legal, con independencia de la voluntad de los interesados, ha perdido vigencia dejando de producir, como quedó dicho, los efectos que le son propios.

c).- Que la nueva Ley de Sociedades Anónimas (cif. Disposición transitoria segunda), no determinó la inmediata caducidad de los nombramientos hechos en su momento a su amparo.

d).- Que en el caso presente el nombramiento había sido hecho por plazo de cinco años, habiendo caducado en mil novecientos ochenta y ocho, de suerte que al asiento en que aquél consta le es aplicable la nueva solución reglamentaria de caducidad y consiguiente cancelación.

e).- Que en aquellos supuestos en que una actuación viene expresamente impuesta de oficio, nada impide que sea excitada por quien esté interesado en su realización, sea por vía de petición o simple denuncia de la existencia del supuesto que ha de dar lugar a la misma. Y si ello es de general aplicación en todo procedimiento, tiene aún mejores razones de acogida en el registral donde no se está, por lo general, ante actuaciones a realizar en un determinado expediente sujeto a examen periódico, sino ante una actividad que se desarrolla en relación con folios u hojas registrales cuyo contenido tan solo se pone de manifiesto cuando se solicita algún asiento en los mismos o son objeto de publicidad formal. (C.J.O.C.).

R 29 DE ABRIL 1994 (B.O.E 25 MAYO)

MERCANTIL. GRAL.

MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL.- Requisitos estatutarios: Condición de asegurados o tomadores de seguro de socios; afiliación obligatoria; el cónyuge de hecho como beneficiario.

Como consecuencia de la Disposición Transitoria 7ª de la Ley 19/89 se otorga escritura pública por la Mutualidad de Tabacalera de Previsión Social, haciendo constar los requisitos que la citada norma señala para la inscripción de la entidad en el Registro Mercantil.

Presentada en esta oficina la citada escritura el Registrador resuelve no practicar la inscripción por los cuatro defectos siguientes: 1. Solo pueden ser socios de una mutualidad quienes sean tomadores del seguro o asegurados (Art. 16.d Ley de Ordenación del Seguro Privado y 2.d del Reglamento de Entidades de Previsión Social). 2. Se fija en los Estatutos la afiliación obligatoria cuando el artículo 16 L.O.S.P. y 1 del R.E.P.S. citados caracterizan a este tipo de entidades como de afiliación voluntaria. 3. Se considera beneficiario al cónyuge de hecho cuando tal situación no existe en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 44 y ss. del Código Civil). 4. Hay cinco artículos de los Estatutos (art. 38 al 42) repetidos.

Interpuestos los correspondientes recursos por el Presidente de la Mutualidad, la Dirección General resuelve:

En primer lugar, respecto al primero de los defectos de la nota de calificación si bien señala que la condición de tomador del seguro o asegurado es inseparable de la de socio no cabe deducir en sentido contrario que todo socio deba ser tomador del seguro o asegurado.

El Reglamento de Entidades de Previsión Social, por su parte, no es muy expresivo en su terminología pues si ya en su artículo 15 admite que los estatutos de la mutualidad prevean junto a las aportaciones de los socios otras de entidades o personas que no adquieren la condición de "*asociados*", en el artículo 23.6 contempla la existencia junto a los "*socios mutualistas*" de "*personas protectoras*", cuyo régimen será fijado en los estatutos. A la vista de todo ello, y aún cuando pudiera estimarse poco afortunada la redacción de los estatutos de la Mutualidad de Tabacalera de Previsión Social cuando establece que la "*Mutualidad está constituida por socios de honor, protectores, beneficiarios y de número*", no puede el uso de esa denominación llevar a rechazar, sin más, la inscripción de aquéllos.

Respecto al segundo de los defectos, se ha de tener en cuenta que en ciertos casos tanto la existencia de la propia entidad mutualista como la obligada integración en la misma de los asociados no son fruto directo de la voluntad de sus fundadores o miembros, sino que una y otra no son sino el instrumento y los medios a través de los que se da cumplimiento a obligaciones surgidas de otra relación jurídica previa. Es lo que viene a proclamar el párrafo segundo del invocado artículo 1º del Reglamento especial de estas entidades que, tras sentar su carácter voluntario, establece una excepción para aquellos supuestos en que ese singular mecanismo de previsión resulte obligatorio en virtud de la negociación colectiva o de actos de autonomía corporativa de grupos profesionales. Si el convenio regulador de las condiciones de trabajo entre "*Tabacalera, Sociedad Anónima*", y su personal establece un sistema de previsión social de carácter imperativo, ningún obstáculo existe para que los estatutos de ésta establezcan la asociación obligatoria de quienes en virtud de aquel convenio, están obligados a integrarse en la misma.

En el tercero de los defectos de la nota recurrida, pese a la falta de rigor que supone el uso del término cónyuge, como referido a una situación de hecho, no puede estimarse ello como motivo suficiente para rechazar la inscripción de la regla estatutaria en que se contiene. Aquella denominación es lo suficientemente expresiva como para entenderla referida a las uniones "*more uxorio*" y resulta tan reveladora como puedan ser las de "*vida marital de pareja*".

Respecto al último defecto, reconocida por el recurrente la existencia de un error material, y aún cuando, como argumenta el Registrador, no es factible el proceder por su parte a rectificarlo de oficio, la conformidad que aquél presta en el propio escrito de interposición del recurso para que se inscriba el texto reiterado una sola vez, cumple sobradamente la exigencia de solicitud de inscripción parcial a que se refiere el artículo 63.2 del Reglamento del Registro Mercantil. (R.B.M.).

SENTENCIAS

Por ***Mª Emilia ADÁN GARCÍA***

STS. SECCIÓN 3ª

1 DICIEMBRE 1993

LA BASE PARA LA APLICACIÓN DEL I.T.P. EN LAS ADJUDICACIONES JUDICIALES

La cuestión debatida es la base para la aplicación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales cuando la transmisión deriva de una subasta judicial, es decir, si debe prevalecer el precio del remate o si por el contrario debe atenderse al valor del bien transmitido, comprobado por la Administración a través de un informe rendido por funcionario idóneo.

El TS recuerda que con anterioridad a la normativa vigente se establecían preceptos especiales para los casos de subastas judiciales o administrativas o notariales. Hoy se ha abandonado ese criterio y sólo se habla de "*valor real*" como base imponible del impuesto.

En Economía el valor real es el precio de mercado, pero en el ámbito tributario, y como consecuencia de la actividad defraudatoria, la ecuación valor real igual a precio, no siempre es cierta. Por ello surge la figura de "*valor comprobado*" como aquel empíricamente asignado por la Administración.

Por ello en las transmisiones onerosas donde exista precio, éste debe equivaler a valor real del bien transmitido, y el valor comprobado por la Administración ha de referirse al precio de mercado que le corresponda.

En el caso de las subastas judiciales el valor real a efectos del impuesto ha de ser el precio de remate pues de otro modo la comprobación generaría en el ejecutado un incremento patrimonial no producido, y lo mismo ocurriría en el caso de la venta de un piso por el arrendador al inquilino, mediante la capitalización legal de una renta antigua. Además, de haber estado sujeto a IVA no habría dado lugar a comprobación administrativa y no operarían las presunciones de incremento patrimonial.

Este criterio no hace de mejor condición al adquirente pues si la adquisición le supone un incremento patrimonial, como tal lucirá en su situación tributaria.

Por todo ello entiende el TS que "*en las enajenaciones onerosas de bienes donde exista un precio en dinero, marcado por la Ley o determinado por Autoridades o funcionarios idóneos para ello, este será la base impositiva que corresponda al acto gravado*".

STS. SECCIÓN 3ª
2 DICIEMBRE 1993

I.T.P.: BASE IMPONIBLE DE LA CESIÓN A UN PARTICULAR DE UN BIEN DE DOMINIO PÚBLICO.

La Junta del Puerto de Sevilla cede una parcela rústica de 10 Ha. por cuatro meses, con destino al cultivo de arroz por precio de 230.000 pts.

La Junta de Andalucía, aplicando el art. 14.3 R. del IGTP RD 3494/1981 de 29 Diciembre, lo considera una concesión administrativa y por lo tanto ha de considerarse como base imponible el 10% del canon de explotación.

El TS entiende que la base imponible ha de ser las 230.000 ptas. que se pagan por los cuatro meses, pues la cesión no tiene como contraprestación un canon o renta sino un precio cierto.

Esta solución es avalada por la modificación del art. 13 llevada a cabo por la Ley 29/1991, de 16 Diciembre, aunque el precepto aplica-

ble al supuesto debatido sea la anterior redacción.

STS. SECCIÓN 3ª

10 DICIEMBRE 1993

¿CESION DE PRESTAMO, ADJUDICACION PARA PAGO, ADJUDICACIONE EN PAGO?

HECHOS.- En escritura pública otorgada en Toledo el 21 de Noviembre de 1984, A cedió y transmitió a B, S.A., para pago las cantidades que resulten disponibles desde el día uno de noviembre, en razón de ciertos créditos otorgados por la Caja X, y con su producto, hacer pago de las certificaciones de obra hasta donde alcance.

No obstante, A sigue siendo el prestatario frente a la Caja X y por lo tanto sujeto a todas las obligaciones.

El problema estriba en determinar la naturaleza jurídica del hecho imponible.

No hay duda de que no se trata de una cesión del préstamo, pues A continúa con el carácter de prestatario, por lo que no estamos en presencia de una cesión de crédito.

Tampoco es una adjudicación para pago, pues este negocio exige una relación trilateral: el deudor, el acreedor y el sujeto a quien se transmiten unos bienes o derechos por el primero para que con ellos o con su producto se pague al segundo. Esta adjudicación no puede tener lugar a favor del acreedor, sino que ha de ser a favor de un tercero, y en este caso no existe el tercero.

Parece que estamos en presen-cia de una adjudicación en pago de deudas. Este contrato es bilateral, y en él el deudor cede o adjudica al acreedor determinados bienes o derechos que le pertenecen en pago o solvencia de la deuda; es un su-puesto típico de extinción de obliga-ciones regulado por el artículo 1175 C.C. Se requiere que la cesión sea de bienes, pues la cesión de dinero es el pago. De este modo el art. 7.2 A) TR de este Impuesto de 30 diciembre 1980, se refiere a las entregas de bienes; las entregas de dinero están exentas a tenor del art. 48.I.B) 4. En este caso al tratarse de una adjudicación en pago de dinero está exenta.

STS. SECCIÓN 3ª

23 DICIEMBRE 1993

IMPUESTO DE SUCESIONES. INTERESES DE DEMORA

Dª AAA y D BBB fallecieron en 1984 bajo la vigencia del TR de la Ley de dicho impuesto aprobado por RD 1018/1967, de 6 de Abril, y del Reglamento de 15 Enero de 1959. El problema que se plantea es si la prórroga ordinaria de 6 meses a que hace referencia el art. 109 del Reglamento lleva aparejada o no el devengo de intereses de demora.

El TS sistematizando la legislación anterior, vigente al momento del óbito, distingue:

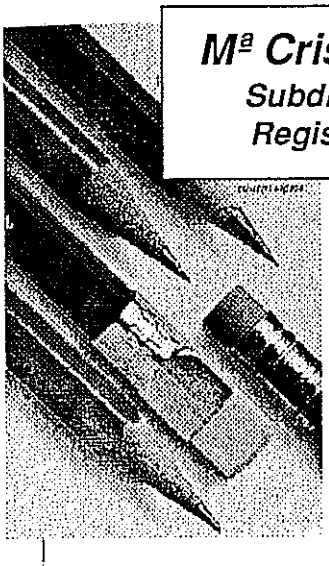
1º- Un plazo de 6 meses para presentar la herencia a liquidar. (art. 109.1 R).

2º- Una prórroga automática, que denomina ORDINARIA, por 6 meses más que lleva aparejada un recargo del 5% de la cuota. (art. 109.2 R).

3º- Una prórroga EXTRAORDINARIA, que ha de ser solicitada y que supone un recargo del 10% de la cuota y el devengo de intereses de demora (art. 111R).

Por lo que la presentación dentro del plazo de la prórroga ordinaria no implica el pago de los intereses de demora.

PRUDENCI JURIS



Mª Cristina Santaolalla López
Subdirectora Gral. del Notariado y de los Registros dela Propiedad y Mercantiles.

Relaciones del Registro de la Propiedad con el Catastro

I - Introducción
II - Respeto al ámbito competencial de cada Institución
III - La búsqueda de un sistema operativo
IV - La experiencia de la Coordinación
V - Conclusiones

I - INTRODUCCIÓN.

En las Jornadas sobre coordinación del Catastro con el Registro de la Propiedad que se celebraron hace dos años en Pamplona, y en las que tuve el gusto de participar, se presentó por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado la ponencia titulada "*Iniciativas de la Administración para la coordinación*".

En esta ponencia se afirmaba **la necesidad y la bondad** de la Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, y ello se argumentaba porque era una forma de complementarse ambas instituciones.

Se decía que Catastro y Registro son dos instituciones diferentes que nacen para cometidos diferentes, pero que ambas instituciones tienen un lazo fundamental de unión, y es que las dos inciden sobre una misma realidad: las fincas.

La Ley Hipotecaria en su art. 9º exige que en toda inscripción que se haga en el Registro se exprese la naturaleza, situación y linderos de la finca y su medida superficial. Es pues necesario una descripción exacta o determinación de la finca al objeto de identificarla.

El principio de especialidad hipotecaria lo exige, pues si no se determina con precisión la finca, con todas sus características, el Registro no mostrará a terceros con toda exactitud la base objetiva del derecho real inscrito.

Pero el Registro no puede, por sí, dar esta prueba de existencia física y de las características materiales o "*circunstancias de facto*" de las fincas, pues solo constata las vicisitudes jurídicas. Es decir, el Registro no puede dar fe de la realidad física de los inmuebles inscritos.

Y así, el principio de legitimación recogido en el art. 38 de la Ley Hipotecaria no afecta a la finca, sólo al derecho inscrito.

Desde esta necesidad se plantea la conexión o coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro.

El Catastro puede complementar al Registro suministrándole la base física y material de las fincas de que éste carece.

Ya Joaquín Costa finalizando el siglo XIX señaló la necesidad de que el Catastro debía aportar al Registro de la Propiedad los datos para la identificación física de los inmuebles.

En el preámbulo del proyecto de ley de reforma hipotecaria de 1909 se decía que "*conveniente hubiera sido, sin duda, atendiendo al carácter de esta ley, incluir en ella las oportunas reglas para relacionar el Catastro con el Registro de la Propiedad, por la gran conexión que hay entre ambas instituciones, toda vez que, teniendo en la primera por base la descripción física o material de los inmuebles y constituyendo la segunda la historia jurídica de los mismos, una y otra se auxilian y complementan recíprocamente*".

Y desde entonces numerosos autores y tratadistas han puesto de manifiesto esta necesidad.

Así D. Jerónimo González afirmó que el mejor medio de identificación es el plano, y de ahí la necesidad de disponer de un Catastro para tener un Registro perfecto y eficaz, y Roca Sastre afirmaba que la prueba de la existencia y de las circunstancias de las fincas debe emanar del Catastro, en cuanto que es un organismo adecuado para facilitar tal prueba.

Esta necesidad de contar con una base gráfica ha sido puesta también de manifiesto reiteradamente por los Registradores de la Propiedad.

De otra parte el Registro puede suministrar al Catastro las titularidades, dado que el Registro de la Propiedad proporciona una titularidad "oficial", especialmente protegida por la calificación bajo la responsabilidad del Registrador, y por los efectos de unos principios sustantivos.

En resumen:

El Catastro puede complementar al Registro de la Propiedad suministrándole la base física y material de las fincas, y de otra parte el Registro puede dar al Catastro las titularidades jurídicas y con ello se consigue:

Que las bases de los derechos reales inscritos que publica el Registro sean precisas, y que las titularidades que refleja el Catastro sean ciertas.

Una vez puesto de manifiesto la necesidad de coordinación recordamos los **tres requisitos** fundamentales que era necesario que se cumplieran para poder lleva a cabo la coordinación Catastro-Registro:

1º.- Que la necesidad de la coordinación sea oficialmente reconocida, y propuesta como un objetivo su realización.

2º.- Que el Catastro sea exacto, exigiéndose unas determinadas garantías de perfección técnica.

3º.- Que se busque un medio de coordinación adecuado, respetándose las respectivas técnicas operatorias de ambas instituciones.

Partiendo de todo ello vamos hoy a hablar de cómo deben ser las relaciones del Registro de la Propiedad con el Catastro, para que respetando el ámbito competencial de cada una de ellas, se pueda articular un procedimiento operativo de coordinación, y concluiré esta exposición con una breve síntesis de lo que ha supuesto la experiencia de coordinación en estos últimos años.

II - RESPETO AL ÁMBITO COMPETENCIAL DE CADA INSTITUCIÓN.

En primer lugar, las relaciones Registro-Catastro deben estar basadas en un claro respeto al ámbito de competencia de cada una de estas instituciones.

Y ello es debido a dos razones fundamentales:

1.- El Catastro y el Registro de la Propiedad son **dos instituciones diferentes**, que nacen para atender cometidos diferentes.

El Catastro.- Es un inventario o censo, en el cual se determinan las fincas rústicas y urbanas de un país, mediante su descripción o expresión gráfica y la determinación de sus características específicas, entre las cuales figura la relativa a su evaluación o estimación, siendo su finalidad más inmediata de orden fiscal, y otras más mediatas de orden económico y administrativo.

Como todo inventario el Catastro comprende dos partes fundamentales: descripción y valoración de las fincas.

El Registro en cambio, es una institución destinada a robustecer la seguridad jurídica inmobiliaria, mediante la publicidad de los actos de constitución, transmisión, modificación, y extinción de los derechos reales sobre las fincas.

El Registro de la Propiedad está basado sobre los principios jurídicos de la legitimación, por el que el titular inscrito puede realizar actos jurídicos sobre su propiedad, y el de publicidad que protege al que adquiere confiado en los pronunciamientos registrales, es decir, el fin fundamental del Registro es el logro de la seguridad jurídica inmobiliaria.

Y así, mientras la finalidad del Catastro es suministrar una prueba de la existencia material y de las características físicas de las fincas, el Registro de la Propiedad proporciona una prueba del estado, historial, o vicisitudes jurídicas.

Ambas instituciones tienen diferente naturaleza jurídica: el Registro es una institución de Derecho privado, sin perjuicio de su relación con las diferentes ramas del Derecho, pero sus requisitos y efectos, así como su organización y regulación se explican fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho Civil.

El Catastro es una institución de Derecho público cuyos fines son fundamentalmente tributarios y administrativos.

2º.- La segunda de las razones para que se respete el ámbito competencial es que ambas instituciones tienen **técnicas operativas diferentes**. Tal como decíamos al principio, uno de los tres requisitos fundamentales de la coordinación es "*que se busque un medio adecuado, respetándose las técnicas operativas de ambas instituciones*".

Y esta idea enlaza a su vez con la primera, es decir:

"*Hay que respetar las técnicas operativas de ambas instituciones, porque se trata de dos instituciones diferentes*".

En el momento que se olviden estas dos ideas fundamentales que deben presidir la coordinación y, por tanto, las relaciones Catastro-Registro, y que como hemos dicho son:

- Dos instituciones diferentes, con cometidos distintos
- Un respeto a las respectivas técnicas operativas

se puede incurrir en un confusionismo, y en lugar de lograr una coordinación, lo que se puede producir es un desdibujamiento de las dos Instituciones de que se habla.

La Coordinación como algo beneficioso.- Sus límites.

La coordinación es una ventaja, algo que puede beneficiar a ambas instituciones (Catastro y Registro):

El Catastro puede suministrar la base física o material al Registro y de otra parte el Registro puede dar al Catastro la certeza de las titulaciones, pero ello no puede en absoluto oscurecer el fin y el cometido para el que cada institución nació:

- El Catastro tiene la finalidad inmediata de orden fiscal y otras más mediatas de orden económico y administrativo.
- Y el Registro es una institución jurídica destinada a robustecer la seguridad jurídica inmobiliaria.

La Coordinación será buena en la medida en que respete los principios o razones fundamentales anteriormente señalados; en el momento en que socave o dañe la esencia o incluso la apariencia de los mismos será perjudicial y por tanto desdeñable.

Hay que tener presente que puede afirmarse que es mucho más importante lo que se coordina que la coordinación en sí misma, y buena prueba de ello es que ambas instituciones han sobrevivido y funcionado más de cien años sin coordinarse.

El sistema de coordinación ha de ser, por tanto, respetuoso con la autonomía de ambas instituciones, que siguen conservando, antes de la coordinación, durante la coordinación y una vez coordinadas, su propia personalidad y sus distintas funciones.

Otra cuestión que es importante destacar es que si la organización y regulación del Catastro está atribuida a una determinada Comunidad Autónoma, la vulneración del principio de competencia de cada institución puede llevar a la vulneración del artículo 149-1-8º de la Constitución.

Precisiones.

Por ello, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1º) La Comunidad que sea competente para **regular** el Catastro solo tiene competencia para regular la propia **organización y funcionamiento** de éste.

- Por tanto, desde la regulación del Catastro no puede determinarse las condiciones en que deba producirse el acceso de la coordinación del Catastro al Registro, y debería buscarse una legislación emanada coordinadamente.
- Por ello, asimismo, tampoco desde la regulación del Catastro puede determinarse los especiales efectos jurídicos sustantivos que pudiera tener el Registro de la Propiedad, una vez coordinado con el Catastro.

De otra parte, la legislación hipotecaria debe respetar asímismo la competencia que en materia de Catastro tengan las Comunidades Autónomas.

Las Titularidades que proclama el Registro son titularidades jurídicas, según previene el artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria, y que determinan que el titular inscrito puede realizar actos jurídicos sobre su propiedad (principio de legitimación) y que queden protegidos los terceros que adquieren confiados en los pronunciamientos registrales (principio de fe pública registral).

Las titularidades que proclama el Catastro son titularidades fiscales, por ello en ningún caso puede asignarse al Catastro la función de ser instrumento de constancia oficial a efectos sustantivos de las titularidades sobre bienes inmuebles.

Los Datos y las Certificaciones que expide el Catastro pueden estar referidas al ámbito fiscal, económico o administrativo.

Los certificados del Registro son certificados sobre la situación jurídica de los bienes, (art. 225 de la Ley Hipotecaria y 335 del Reglamento Hipotecario).

2º) **Denominación.**

El uso del término Registro para denominar el Catastro tiene no pocos inconvenientes y ninguna ventaja.

Estos inconvenientes se paliarían utilizando un calificativo que lo especifique, de acuerdo con las finalidades que le son propias, de modo que no de lugar a equívocos con la Institución tradicionalmente llamada "*Registro de la Propiedad*".

El término Registro utilizado para una institución, que como el actual Catastro, puede ser de la competencia de una Comunidad Autónoma, podría dar lugar al equívoco de entender que esta Institución es de aquellos "*Registros*" que son de la competencia exclusiva del Estado, según lo que dispone el artículo 149.1.8º de la Constitución que atribuye al Estado "*La ordenación de los Registros*".

La celeridad de la vida moderna, la multiplicación de organismos de ámbito nacional e internacional, la creciente interconexión entre los países, el crecimiento de los medios informáticos y telemáticos, con usos de palabras claves, hace que para poder conocer y denominar todas y cada una de las Instituciones existentes, se busquen nombres abreviados, claros y exclusivos para las denominaciones. Cuando esto no sucede, es el propio ente o el público el que se encarga de acoplar la denominación: bien usando las siglas, bien cortando la denominación y suprimiendo el final, o bien denominándole en la forma que sea fácilmente reconocible.

Creemos que el término preferible es el término Catastro para denominar a esta Institución.

De una parte, porque **gramaticalmente** es el correcto, y así el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el Catastro de un modo claro y preciso como "*censo y padrón estadístico de las fincas rústicas y urbanas*"; también porque es el **tradicional**; recordemos que ya en los territorios del Imperio Romano y por ende en España, se organizó el Catastro para los fines de la exacción del impuesto territorial (tributum soli) y en el reinado de Pedro I de Castilla aparece ya el Catastro de las Behetrías, mientras que el término Registro y Registrar figuraban ya acuñados en la Real Pragmática de Carlos I en el año 1539 para denominar el concepto actual de Registro de la Propiedad; y asimismo, porque de acuerdo con lo que anteriormente acabamos de decir responde a **las necesidades modernas de dar un término unívoco** para cada Institución diferenciada.

A título de anécdota, pero creo que habla por si sola del confusionismo que puede producir el uso del término Registro, les contaré lo que ha sucedido en algunos Registros de la Propiedad.

Los particulares al terminar de liquidar en la Delegación de Hacienda sus impuestos, e indicarles el funcionario de la Delegación que pasen por el registro para que les pongan el sello (se refería el funcionario a la ventanilla del registro de la Delegación), éstos se fueron directamente al Registro de la Propiedad; imagínense la extrañeza del Registrador cuando los particulares llegaban al Registro solicitando que "*le pusieran un sello*".

Ello significa que claramente el ciudadano identifica el término Registro con "*el Registro de la Propiedad*".

III - LA BÚSQUEDA DE UN SISTEMA OPERATIVO.

Una vez sentado el principio de respeto a la autonomía de las dos instituciones, vamos a tratar de exponer cómo debería ser el sistema de coordinación para que fuese operativo, es decir, para que su implantación no produzca o pueda producir una paralización del tráfico jurídico inmobiliario, y que, de otra parte, ocasione al ciudadano los menores trastornos posibles.

En la ponencia presentada en Pamplona hace dos años y a la que me refería al inicio de mi exposición, se citaban los distintos sistemas que era posible articular combinando el carácter voluntario y obligatorio de la inscripción y de la coordinación.

Interesa en este punto recordar dos sistemas:

- El sistema establecido por el Real Decreto de 3 de mayo de 1980 con la inscripción voluntaria y la coordinación obligatoria en cuanto a su preparación, pero que no se realizará si existe discordancia entre el título y la cédula parcelaria.

- Y otro sistema en que con la inscripción voluntaria, la coordinación es obligatoria. Y se decía que este sistema fracasará si no se buscan los resortes legales oportunos para impedir la paralización del tráfico jurídico inmobiliario.

En este punto nos movemos en un difícil equilibrio entre el respeto al tráfico jurídico, y el logro de la coordinación.

Creo que para solventar esta especie de nudo gordiano hay que partir **de dos ideas fundamentales:**

1º) Que la paralización del tráfico jurídico inmobiliario sería muy grave, y por tanto inaceptable el llegar a esta situación.

2º) Que la búsqueda de una coordinación con tendencia a obligar, tiene un proceso en el que se puede avanzar de acuerdo con la situación real de cada momento. Y ello es debido a que las normas no pueden ir por delante de la realidad, por lo que los objetivos que se fijen han de ser conformes con ésta.

La búsqueda de una coordinación obligatoria pues, se podrá plantear cuando la realidad lo permita, no antes, y salvaguardando en todo caso el tráfico jurídico inmobiliario.

Además, llegado el caso, existen operaciones en que la coordinación obligatoria será mucho más importante que las otras, como es el caso de **las operaciones de inmatriculación de fincas**, ya que se evitarán los graves problemas de las dobles inmatriculaciones y las inmatriculaciones de fincas inexistentes.

Por ello no puede hablarse de si la falta de cédula pudiera ser defecto, subsanable ni insubsanable, para la inscripción.

De otra parte hay que tener en cuenta como un viento favorable a la coordinación, que la coordinación, al igual que la inscripción tiene un **interés general para la Sociedad**, y que es la propia sociedad cuando aparece algo que le resulta beneficioso, la que se encarga de una forma natural de su implantación.

Y así, el adquirente de una finca tendrá un lógico interés en conocer la descripción gráfica de la finca que adquiere, y es por ello, que al igual que ha sucedido con la inscripción, que siendo voluntaria se ha incrementado de una forma relevante a partir del Texto Refundido de 1946 y Reglamento Hipotecario de 1947, es altamente previsible que lo mismo sucederá con la coordinación.

Hemos señalado que una coordinación operativa exige que al particular se le causen los menores trastornos posibles.

El ciudadano en la vida actual se ve inmerso en un entramado de normas que le exigen una atención y una dedicación muy importantes tanto para su conocimiento como para su posterior cumplimiento. A ello se une una cada vez mayor aceleración en el tráfico jurídico tanto a nivel nacional como internacional. Por ello, las nuevas normas que se dicten en que se exijan actuaciones personales a los particulares, deben limitar al máximo, y en todo lo que sea posible, las exigencias de este tipo de actuaciones.

La correlación o coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro debe pues articularse exigiendo al ciudadano los menores trámites posibles.

En este sentido debe citarse el Real Decreto de 18 de diciembre de 1992 sobre colaboración entre Notarías y Registros, y la posterior Orden del Ministerio de Justicia de 2 de agosto de 1993 que lo desarrolla, que ha supuesto una gran avance sobre el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, al poder evitar al ciudadano la realización de una serie de trámites administrativos.

En la coordinación se necesita la colaboración del interesado, pero creándole las menores dificultades administrativas posibles, siendo la situación ideal aquella en que la Administración pudiera realizar completamente y por sí misma la coordinación en colaboración con las Notarías y los Registros.

IV - LA EXPERIENCIA DE LA COORDINACIÓN.

Voy a exponerles a continuación una breve síntesis de lo que ha sido la coordinación en estos últimos años, con especial referencia a las dificultades que existen, los resultados alcanzados, los avances logrados en algunas áreas, así como las mejoras que pueden introducirse.

En la ponencia sobre Iniciativas de la Administración para la Coordinación se puso de manifiesto que, como fruto del interés del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se adoptaran una serie de medidas tendentes a la realización de un conjunto de operaciones piloto, que servirían de modelo para esta total coordinación a nivel nacional.

La elección recayó en una serie de municipios dispersos por la geografía nacional y que reúnen las siguientes características:

- Municipios en los que se disponga de cartografía digitalizada o soporte cartográfico lo más actualizado posible.
- Se incluyen municipios de tamaño grande con predominio de bienes inmuebles de naturaleza rústica.

También se habló de la experiencia de coordinación iniciada en Navarra.

De la experiencia resultante, que puede calificarse de positiva, si bien incipiente, deben resaltarse los siguientes aspectos:

1ª) La dificultad de partir de un distinto concepto de finca.

Uno de los mayores obstáculos con que se encuentra la coordinación es el distinto concepto de finca de que parten Catastro y Registro.

- El Registro se organiza por fincas.
- El Catastro en cambio se organiza por municipios, polígonos y parcelas.

La finca es la base del Registro de la Propiedad y la parcela constituye el eje del Catastro.

La diferencia más importante entre la finca registral y la parcela catastral radica en el procedimiento de delimitación de la línea poligonal o perimetral de una y otra.

La fincas es una porción de territorio que pertenece a una o varias personas pro indiviso. La voluntad del titular permite configurar el objeto o finca y así una finca material puede estar formada por varias fincas registrales, y viceversa, varias fincas no colindantes puedan ser una sola finca registral.

En la finca registral ha de predominar la línea ideal delimitadora del derecho de propiedad, en cambio la parcela catastral, aunque parece que por definición legal ha de referirse a la misma línea ideal de pertenencia o lina dominical, lo cierto es que en el procedimiento seguido para su delimitación no atiende, al menos exclusivamente, a esa línea de propiedad, sino que ha de tener en cuenta signos externos con trascendencia topográfica.

Por consiguiente, finca registral y parcela catastral son conceptos jurídicos que pueden corresponder a dos realidades distintas.

Para lograr articular estos conceptos hay que localizar la finca registral en la catastral.

2ª) Diferente dificultad en la coordinación según la naturaleza de las fincas a coordinar.

Según la naturaleza de las fincas, puede ser más o menos difícil la coordinación, pues en general las fincas urbanas son más fáciles de coordinar que las fincas rústicas.

Y con respecto al urbanismo éste también plantea una dificultad a la hora de la coordinación, presentándose la dificultad de la coordinación entre el Registro y el planeamiento urbanístico, si bien el nuevo TR de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, ha hecho viable la coordinación entre el urbanismo y el Registro en base a los artículos 37 (referente a la obra nueva) y artículo 43 (sobre publicidad) así como el capítulo III del Título IX.

Como resultado puede afirmarse que se han llevado en la práctica experiencias altamente satisfactorias entre la Coordinación del Registro y el planeamiento urbanístico.

3ª) Que los resultados de la experiencia de coordinación varian sustancialmente de unos municipios a otros; y así, a título de ejemplo, en la experiencia Navarra, realizada en los términos de Tudela, Pamplona y Aoiz se ha logrado coordinar un 30% sin distinción entre fincas rústicas y urbanas; en otra experiencia en un registro preferentemente rústico se han alcanzado en rústica un porcentaje de coordinación de un 61% y en urbana un 52%; y en otro municipio preferentemente urbano se ha coordinado un 65% del suelo urbano y nada de rústica, mientras que en otras experiencias el tanto por ciento de coordinación ha sido escaso, variando pues sustancialmente de unas zonas a otras. En algunos de estos casos en que el

porcentaje de coordinación es bajo, mediante el método ensayo-error se está intentando buscar soluciones que se estiman van a dar su fruto.

4ª) Avance en la informatización de los Registros.

Un aspecto que es importante destacar, desde el punto de vista de los Registros, es que éstos cuentan a la fecha de hoy con los medios técnicos necesarios para abordar la coordinación, en cumplimiento del Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, por el que se modificó el Reglamento Hipotecario en materia de informatización de los Registros de la Propiedad.

Por ello hoy puede afirmarse que la coordinación resulta muy facilitada desde el ámbito de los Registros.

5ª) Agilización en la Coordinación.

También desde el punto de vista Registral debe señalarse que la aplicación práctica del Real Decreto de 18 de diciembre de 1992 sobre colaboración entre Notarías y Registros, y la Orden Ministerial de 2 de agosto de 1993 que lo desarrolla, han facilitado de una forma asombrosa la agilización para la coordinación, dado que el Notario a la hora de autorizar la escritura puede disponer no sólo de la información registral para el conocimiento de la situación jurídica del inmueble, sino también de la descripción gráfica de la finca de que se trata, pudiendo promover en ese momento, y si no se hubieran hecho, las rectificaciones necesarias. ej. en los casos de segregación, división, etc. de fincas.

6ª) Relaciones con las Gerencias Territoriales.

Conviene asimismo señalar que la **colaboración con las Gerencias Territoriales** es buena, si bien, como señalamos anteriormente, el grado de avance en la coordinación difiere sustancialmente de unas a otras; sería muy deseable que todas pudieran alcanzar los límites de aquellas experiencias más satisfactorias, dado que las experiencias piloto han de servir para diseñar sistemas de actuaciones standares, susceptibles de generalización, y no ensayos propios de laboratorio.

7ª) Asimismo y dado que en el proceso de coordinación diseñado, y en el primer nivel se determinó que la identificación de las fincas la realizaría el personal del servicio del registro, sobre la cartografía, bien en soporte magnético o en papel, debería **incrementarse**, a medida que vaya siendo posible, el número en soporte magnético ya que representa un indiscutible avance.

También resulta muy necesario contar en las experiencias pilotos que se están llevando a cabo, con las cartografías lo más actualizadas posibles.

V - CONCLUSIONES:

1ª) Que la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro está basada en dos pilares fundamentales:

- El respeto al ámbito competencial de cada una de estas Instituciones.

- La no paralización del tráfico jurídico inmobiliario.

2ª) Que ha aparecido en los últimos años una normativa jurídica que está favoreciendo la coordinación, nos referimos en concreto a las disposiciones que hemos ido citando a lo largo de la exposición y que son:

- El Real Decreto 430/1990 de 30 de marzo por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización de los Registros de la Propiedad.
- El Real Decreto 1558/1992 de 18 de diciembre sobre colaboración entre Notarías y Registros y la Orden Ministerial de 2 de agosto de 1993 que lo desarrolla.
- El Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio (arts. 37, 43, y capítulo III del Título IX).

3ª) Que los Registros de la Propiedad, merced a los niveles de informatización alcanzados, están preparados para abordar la coordinación.

4ª) Que la experiencia iniciada de coordinación es alentadora, si bien puede mejorarse en los términos que se han expuesto; y a la vez debe extenderse a otros términos municipales, al objeto de ir avanzando gradualmente en el proceso, no solo cualitativa sino también cuantitativamente.

Queremos concluir poniendo de manifiesto que sabemos que este proyecto es un proyecto a medio y largo plazo, laborioso y complejo, que además no puede realizarse sin unas altas exigencias de perfección, y que por ello requiere una importante vocación decidida de ejecución, tiempo, esfuerzo y medios, así como un permanente diálogo entre todas las Instituciones implicadas.

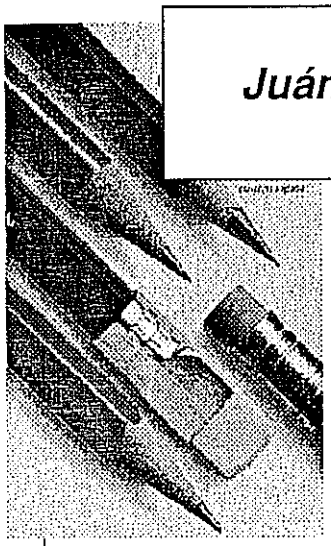
La Dirección General de los Registros y del Notariado está interesada en la coordinación y está abierta al diálogo y a la colaboración con todas y cada una de las Instituciones relacionadas con este tema.

Mª CRISTINA SANTAOLALLA LÓPEZ (*)
Subdirectora General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles
Bilbao, 18 de mayo de 1994.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA:

- Albiñana García Quintana, César (1993).- "*El Catastro Inmobiliario y el Registro de la Propiedad*".- Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública.
- Gragera Ibáñez, Gabriel.- "*La Coordinación desde el ejercicio profesional*".- Revista del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria.
- Roca Sastre, Ramón Mª.- "*Derecho Hipotecario*".
- Santaolalla López, Mª Cristina.- (1992) "*Iniciativas de la Administración para la Coordinación*".- Revista del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria.

(*) El texto precedente, que recoge la ponencia recientemente presentada por la Ilma. Subdirectora General en Bilbao, nos llega de la mano de José-Ernesto García-Trevijano, Secretario del Colegio. Agracedemos a la autora su autorización para reproducirlo.



Juán M. Rey Portolés
Registrador de la Propiedad

"Breve nota de alcance para acompañar al texto de la llamativa STC de 5 de mayo de 1994"(*)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(Por la que se declara la nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida al vulnerar el principio de igualdad ante la ley de los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 "*de creación del Banco Hipotecario de España*").

Dice el TC: F.J. 7: "*Dadas las características de las normas procesales, orientadas teleológicamente a la satisfacción de pretensiones determinadas de modo genérico en atención a la naturaleza de los intereses que con ellas se defienden, es claro que la entidad subjetiva de un acreedor hipotecario no es un fundamento objetivo o razonable para justificar un cauce procesal específico al que han de someterse los deudores hipotecarios del Banco Hipotecario y diverso de aquél al que se encuentran sometidas las restantes entidades acreedoras y los restantes deudores hipotecarios*".

Dice el comentarista: "*... yo me atrevo a sugerir* (a los Registradores) *que no formulemos ninguna objeción, ni siquiera respecto de sus repercusiones registrales, tanto a los órganos judiciales que se hayan decidido a apurar el proceso "vetero modo", como a los que lo hayan acompasado al art. 131 y concordantes de la L.H., ó a los 1429 y ss. L.E. C.*".

(*) El Colegio de Registradores, a cuyo Centro de Estudios Registrales se refiere el comentarista, ya ha circulado entre los colegiados el texto íntegro de la STC así como la "breve nota de alcance" de JM. Rey. Nosotros reproducimos ahora para los suscriptores no colegiales, únicamente el texto de los comentarios pues, seguro, que el de la sentencia también habrá sido circulado entre los lectores no colegiales por sus órganos respectivos.

El Director del Centro de Estudios Registrales me solicita una breve nota de alcance para acompañar al texto de la llamativa Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayor de 1994 que proyecta distribuir a todos los colegiados antes incluso de que se publique en el B.O.E.

Desea, por un lado, que resuma la decisión del Supremo intérprete de la Norma fundamental y por otro que comente su trascendencia para nosotros los Registradores e incluso su acierto o desacierto.

Por disciplina corporativa me apresto a atender su petición pese a contar para ello solo con escaso plazo y ajustándome a su esquema diré:

I.- RESUMEN DEL FALLO.

Se declara la nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida al vulnerar el principio de igualdad ante la ley salvo motivo razonable que aquí no se da, de:

- los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 "*de creación del Banco Hipotecario de España*" (1).

- y los artículos 10, 11, 12 y 13 del Real Decreto-Ley 104 -sic: véase luego nota 5- /1928, de 4 de agosto, de "*Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la pequeña propiedad*" (2) que reproducen literalmente los citados arts. 33 a 36 de la Ley de 1872.

El Tribunal Constitucional no ha querido extraviarse para llegar a tal pronunciamiento anulatorio en los diversos aspectos del procedimiento especial en relación con los ordinarios, sino que ha optado por revisarlo constitucionalmente en su integridad. "*Si se llegase a la conclusión -arguye en el F.J. 3- de que el proceso, en sí mismo y como excepción a la regla general, constituye un régimen legal y de favor contrario al artículo 14 C.E. con proyección en el artículo 24.1 C.E., no sería necesario examinar las objeciones puntuales a los concretos trámites enunciados en los autos de promoción de este proceso constitucional*".

"*El proceso en cuestión -sigue razonado el F.J. 7 con referencia concreta ya al procedimiento de secuestro y posesión interina de la Ley de 1872- fue configurado originariamente como específico del Banco Hipotecario sólo cuando se reconoció la competencia exclusiva de esta entidad en materia de préstamos hipotecarios, y puede haber visto vaciada su razón de ser hasta el punto de transformarse en un proceso de ejecución, particularmente rápido y ágil, al servicio de los intereses de un único acreedor -el referido Banco-. Esta estrecha vinculación entre el proceso y la entidad acreedora no sería en sí misma, inconstitucional por contraria al principio de igualdad, si en la referida entidad concurriesen características que permitiesen individualizar el objeto del proceso atendiendo a la especialidad de la materia que lo constituye o a la de los intereses que en el proceso se ventilan. Pero, como afirman los Autos de planteamiento de la cuestión, no parece posible hallar tal justificación en este caso*".

A continuación efectúa el Pleno del Tribunal Constitucional, a través de la pluma de su Presidente don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer que ha sido el que ha actuado como ponente en la Sentencia, un breve análisis sobre la evolución legislativa de las compañías de crédito territorial (en cuyo acierto y probable confusión me extenderé luego en el apartado II de esta nota) y concluye que

"*La homogeneidad (en la actualidad) del régimen aplicable al Banco Hipotecario y a los restantes entidades de Crédito públicas o privadas, en cuanto prestamistas, despeja las dudas iniciales, poniendo de manifiesto que, en este marco normativo profundamente alterado, no existe justificación objetiva y razonable para legitimar un tratamiento procesal diferenciado en favor del Banco Hipotecario, puesto que dicho tratamiento solo se vincula a la identidad del acreedor*".

Y remacha en el mismo F.J. 7: "*Dadas las características de las normas procesales, orientadas teleológicamente a la satisfacción de pretensiones determinadas de modo genérico en atención a la naturaleza de los intereses que con ellas se defienden, es claro que la entidad subjetiva de un acreedor hipotecario no es un fundamento objetivo o razonable para justificar un cauce procesal específico al que han de someterse los deudores hipotecarios del Banco Hipotecario y diverso de aquél al que se encuentran sometidas las restantes entidades acreedoras y los restantes deudores hipotecarios.*

En consecuencia, han de estimarse las presentes cuestiones de inconstitucionalidad (3) entendiendo que los preceptos cuestionados son contrarios al artículo 14 C.E. sin que se haga preciso por ello, el examen pormenorizado de las diferencias existentes entre las reglas que regulan dicho proceso y el artículo 131 L.H.".

Por último la Sentencia destina el F.J. 8 al intentar resolver el problema de la transitoriedad de su decisión anulatoria que evidentemente de la mano del artículo 40 L.O.T.C. no permite "*revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada*" y que respecto de los procesos pendientes sólo se extenderá "*a los actos procesales que hayan de dictarse a partir de la fecha de publicación de la presenten Sentencia, correspondiendo a los órganos judiciales competentes llevar a cabo las adaptaciones procesales que estimen necesarias*".

Hasta aquí el resumen escueto de esta Sentencia de 5 de mayo de 1994 que anula dos grupos (idénticos entre sí) de cuatro artículos de una ley más que centenaria y de otra disposición legislativa degradada de rango, por la básica razón, -que se estima injustificada hoy-, de consagrar, al juicio ya inconmovible del Tribunal un procedimiento privilegiado para una única Entidad de crédito a saber Banco Hipotecario de España S.A.

II.- COMENTARIO SOBRE EL ACIERTO Y ALCANCE DE LA SENTENCIA.

Desgraciadamente no puede ser muy favorable, y lo justificaré en tres apartados.

1.- La mayor perplejidad la causa el que pase por alto la consideración del decreto-ley de 5 de febrero de 1869 al que ya me refería en la última parte de mi artículo-conferencia citado supra (4) pese a que certeramente le fue puesta de relieve su existencia por el Abogado del Estado en sus preceptivas alegaciones. La vigencia de dicho decreto-ley parece incuestionable desde el momento en que se remite a él convalidándolo de alguna manera el art. 1560 de la Ley de Enjuiciamiento civil (cf. el art. 2182 ó Disposición Final de la misma, párrafo segundo).

El Fundamento Jurídico 2 se hace un cierto eco de esta argumentación, puesto que alude al art. 1560 de la Ley rituaria pero la soslaya so pretexto de que existe una práctica (!) judicial reiterada según la cual solo el Banco Hipotecario de España hace uso del procedimiento especial de ejecución. Se ha de partir entonces -añade- de esta "*interpretación, que se corresponde además con el Derecho vivo (¿y el art. 2.2 proemium del Código Civil?- objeto yo), frente a la hipotética mantenida por el Abogado del Estado que, de aceptarse, además, sólo nos llevaría a cambiar el término de comparación*".

Aunque esa última frase envuelve una amenaza de muerte muy seria para el artículo 1560 de la L.E.C. y la disposición a que el mismo remite, yo creo que, hoy por hoy, las instituciones de crédito que se propongan, sea como objeto especial y exclusivo, sea como una de sus operaciones, las de préstamos hipotecarios o de crédito territorial podrán hacer uso de los artículos 16 a 22 del Decreto-Ley de 1869 de los que los preceptos ahora anulados no constituyen sino una reiteración singular para el Banco Hipotecario de España, el cual en su actual forma societaria hasta podría acogerse a los preceptos matrices una vez que ha visto cegados los específicos suyos.

En esos artículos de técnica decimonónica encontramos los mismos trámites sobre los que recaían las dudas constitucionales de los órganos judiciales cuestionantes, a saber:

- plazo de 2 días para el requerimiento de pago previo (la regla 3ª del art. 131 L.H., lo fija en 10 días, pero la 4ª imagina que ni siquiera hubiera antecedido)
- plazo de 15 días para conceder al acreedor, en caso de impago, la posesión interina antirética de la finca (para la que la regla 6ª del art. 131 simplemente exige haberlo pactado previamente, aunque la solicitud real de tal posesión es casi nula por conflictiva y antieconómica)
- plazo de 3 días para ordenar proceder a la subasta (que la regla 7ª del art. 131 prolonga sin fundamento claro hasta 30 días)
- pago prioritario de intereses y costas devengados por la ejecutante así como del capital que se le deba (art. 18 del Decreto-Ley) pero sin que se pueda pretender seriamente que en la actualidad tales pagos puedan ir más allá de los que permite la acción real ejecutada la cual al derivar del derecho de hipoteca a sus contornos cuantitativos ha de ceñirse
- imparabilidad de la ejecución salvo que se funde en algún título anteriormente inscrito (equivalente a la tercería de dominio del caso 2º del artículo 132 L.H., pero que puede abrazar también el caso 3º según a qué se refiere el adverbio "*anteriormente*" y por lo que hace al caso 1º entiendo que también en el proceso especial de 1869 la prejudicialidad penal se impondría según los principios generales: arts 362 y 514 de la L.E.C.)
- notificación a los que después de la providencia ordenando el secuestro o la venta forzosa hayan adquirido o inscrito algún derecho sobre la finca hipotecada (equiparable pese a su enunciado más amplio a la regla 5ª del art. 131 L.H.)
- tránsito de la responsabilidad hipotecaria a los sucesivos adquirentes de la finca gravada, que no asunción automática de la deuda garantida que es lo que de verdad ordena el art. 22 del decreto-ley según creo haber demostrado en mi conferencia-artículo citada. Etc. etc.

Entiéndaseme bien. No estoy patrocinando que las ejecuciones hipotecarias se canalicen a través de tan vetusta norma hija de los afanes y agitaciones de la

"*septembrina*", y tan incómoda de acompasar a los decantados preceptos de la Ley y del Reglamento hipotecario vigentes. Lo que sí sostengo es que el reproche impetrando la consiguiente reacción legislativa debe formularse desde el plano de la claridad y simplicidad normativas, no desde el de su ortodoxia constitucional. También resultan anticuados e insuficientes los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria a través del procedimiento ejecutivo ordinario y, pese a que sea molesta su convivencia con el perfilado procedimiento judicial sumario, no se puede solicitar del T.C. que anule aquellos preceptos singulares. No es misión del supremo intérprete constitucional, me parece, acabar por prurito de coherencia lógica, con posibilidades procesales que los sucesivos legisladores no se cuidaron de derogar.

En suma si es cierto que el procedimiento que en significativa medida venía utilizando Banco Hipotecaria de España S.A., se refería exclusivamente a esa entidad tanto en su ley fundacional como en los sucesivos desarrollos de la misma, no lo es menos que se trataba de un mero trasplante o aplicación singular de lo que para las Entidades de crédito territorial en general establecen unos preceptos que no se han querido arrastrar, al menos de momento, a la cuestión de constitucionalidad planteada. Si se resucitara la aplicación real del decreto-ley de 1860, incluso por el Banco hipotecario de España S.A., seguramente habría que reformular el dubio constitucional y no sería tan fácil resolverlo, una vez generalizado a todas las instituciones de crédito territorial, desde la óptica del art. 14 C.C., puesto que privilegios parecidos razonables los seguimos encontrando p. ej. en los artículos 153 de la L.H. y 1435 de la L.E.C. (cr. para éste la S. del T.C. 14/1992, de 10 febrero)

2.- Un segundo reproche que cabe hacerle a la Sentencia que comento es la confusión histórica que padece en el F.J. 7 acerca de los privilegios del Banco hipotecario de España. No es exacto afirmar que "*el Banco Hipotecario ha dejado de ser DESDE LOS PRIMEROS AÑOS DE ESTE SIGLO, la única entidad crediticia que veía reconocida competencia para la concesión de préstamos hipotecarios*".

En efecto, el artículo adicional de la Ley de 2 de diciembre de 1872, fundadora del Banco Hipotecario de España disponía que "*son aplicables las disposiciones de carácter general que contiene la presente ley a cualesquiera otros establecimientos de crédito territorial que se formen*".

Cierto que dos años y medio más tarde el Real Decreto de 24 de julio de 1875 dispuso en su art. 1º que: "*El Banco de Crédito Territorial creado en Madrid con el título de Banco Hipotecario de España por la Ley de 2 de diciembre de 1872, será en lo sucesivo único en su clase, mientras las Cortes no dispongan lo contrario; quedando por lo tanto sin efecto, así el artículo adicional de aquella ley, que extiende sus disposiciones de carácter general a otros establecimientos de crédito territorial que se formen, como la facultad concedida por la ley de 19 de octubre de 1869 para constituir libremente Bancos o Sociedades de préstamos hipotecarios con derecho a emitir cédulas hipotecarias*".

Pero sabido es también que la libertad acabó abriéndose paso solo diez años más tarde a través del vigente Código de Comercio cuyo artículo 117 párrafo segundo establecía:

"*Será libre la creación de Bancos Territoriales, agrícolas y de emisión y descuento, de sociedades de crédito, DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, concesionarias de obras públicas, fabriles, de almacenes generales de depósito, de minas, de formación de capitales y rentas vitalicias, de seguros y demás asociaciones que tuvieren por objeto cualquier empresa industrial o de comercio*".

Luego desenvolvía esa posibilidad en la Sección Undécima (Compañías o Bancos de crédito territorial) del título I, del Libro II, artículos 199 a 211 de los cuales el artículo 201 disponía que "*Estas compañías no podrán emitir obligaciones ni cédulas al portador mientras subsista el privilegio de que actualmente disfruta por leyes especiales el Banco Hipotecario de España*" (tales leyes especiales eran el Real decreto de 24 de julio de 1875 citado elevado a ley por la de 17 de julio de 1876 y el art. 1º de los Estatutos del Banco en su primera versión aprobada por Real Decreto de 12 de octubre de 1875). Precisamente lo que dispuso el art. 1º también del Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el fomento de la "*Pequeña propiedad*" aprobado por el luego degradado Real Decreto-Ley de 4 de agosto de 1928 fue que:

"*Se confirma hasta el 31 de enero de 1971 el privilegio de emisión de cédulas hipotecarias nominativas o al portador concedido al Banco Hipotecario de España...*".

En suma si durante diez años (1875-1885) aproximadamente dicha institución gozó del doble monopolio de ser la única institución de crédito territorial -al ser la única que podía prestar empresarialmente con garantía hipotecaria- y de ser la única que podría emitir cédulas hipotecarias que conllevaban hipoteca legal tácita sobre las hipotecas de primer grado de que fuera titular la emisora, tales privilegios quedaron reducidos a uno solo, al segundo, al de emitir cédulas hipotecarias, a raíz del Código de Comercio vigente.

Por eso es inexacto referir como hace la sentencia a los primeros años de este siglo XX el fenómeno de ver reconocida a otras entidades crediticias la competencia para la concesión de préstamos hipotecarios. Desde la entrada en vigor del Código de comercio de 1885 cualesquiera entidades podían prestar con garantía hipotecaria al menos en las condiciones que exigían los arts. 203 y ss de aquel Código, por mas que sólo el Banco Hipotecario de España podía recurrir a la obtención de recursos para aquella finalidad a través de la emisión de privilegiadas cédulas hipotecarias. Los demás entes aparte de a recursos propios, depósitos de clientes etc. podrían recurrir a la emisión de obligaciones de acuerdo con las normas generales (muy bien definidas a raíz de la L.S.A. de 1951) pese a que las mismas no comportaban "*per se*" hipoteca legal tácita alguna.

Es a raíz de la finalización temporal del privilegio de emisión de cédulas por el Banco hipotecario de España (el 31 de enero de 1971) cuando por un lado se le reatribuyó al mismo (Decreto Ley 13, de 17 de noviembre de 1975, arts. 2º y 3º) y a él y al extinto Banco de Crédito a la Construcción (art. 4º del Real Decreto Ley 31, de 31 de octubre de 1978) tal facultad, que en puridad ya no era monopolística por más que el respaldo de una hipoteca legal tácita (defectuosa técnica según demuestra Carlos Hernández-Crespo, R.C.D.I. nº 544 págs. 785 y ss) sí que hubiera exigido siempre una ley, y por otro se confirió con un ámbito más general a las entidades que enuncia el art. 2.1 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de

mercado hipotecario, el privilegio ya no exclusivo o duopolístico de emitir títulos (cédulas, bonos y participaciones) para la captación de fondos con destino a préstamos hipotecarios.

Pero en vano se pretenderá que la especialidad ejecutiva que, (como para las demás entidades de crédito territorial) se previó para el Banco Hipotecario de España, venía indisolublemente asociada a su casi centenario privilegio de captación de fondos vía cédulas.

Y si pues se trata de cuestiones diferentes, hace mal el Tribunal Constitucional en involucrarlas.

No puede invocarse el que Banco Hipotecario de España S.A. ya no monopoliza la emisión de cédulas desde la entrada en vigor de la Ley 2/81, de 25 de marzo, para colegir de ahí que su procedimiento ejecutivo atenta contra el principio de igualdad, porque de iure dato todas las demás Entidades que relaciona el art. 2.1 de aquella Ley 2/81 pueden seguir acogiéndose ex art. 1560 L.E.C. al procedimiento de secuestro y posesión interina del Decreto-Ley de 1869 que sirvió de patrón al ahora anulado.

Un Tribunal del rango del constitucional no puede confundir nociones, máxime a la hora de establecer silogismos anulatorios basados en la idea de igualdad.

3.- Pero, en fin, el postrer reproche que cabe formular a la Sentencia es esa indefinición en que deja el Derecho transitorio al confiar "*a los órganos judiciales competentes (el) llevar a cabo las adaptaciones procesales que estimen necesarias*". Pero adaptaciones ¿a qué?, ¿al procedimiento judicial sumario, considerado como modelo perfecto de ejecución hipotecaria?, ¿al ejecutivo ordinario modalizado según los arts. 126 y 127 L.H.?, ¿o incluso a la efectuación hipotecaria que se hiciera extrajudicialmente (art. 129 L.H. y 234 a 236-o del R.H.) o por el novedoso sistema del procedimiento de apremio (art. 131 reformado, de L.G.Tr.)?

El Tribunal Constitucional razona como si hubiese una única vía de ejecución hipotecaria de la que la ahora cegada constituyera la sola desviación imaginable.

Su instrucción a los órganos judiciales se me antoja tan ambigua como lo fue el en el futuro inaplicable último párrafo del art. 92 de los Estatutos del Banco Hipotecario de España en su versión aprobada por el Real Decreto de 3 de noviembre de 1928, según cuyo párrafo:

"*No obstante lo dispuesto en este artículo y el anterior que son reproducción exacta de sus correspondientes de la Ley de 2 de diciembre de 1872, en los procedimientos judiciales a que se refieren PODRÁN INTRODUCIRSE, a petición del Banco (!) LAS MODIFICACIONES PETINENTES, con arreglo a las leyes de Enjuiciamiento civil e Hipotecaria*".

Y si semejante regla ya nos dejaba a los Registradores la duda de si al expedir la certificación de cargas para el proceso especial bautizado de mil maneras, debíamos acomodarnos a la regla 4ª del art. 131 L.H. o al art. 143 de su Reglamento y de si al tiempo de la adjudicación y purga debíamos exigir el cumplimiento o de la regla 17ª de la L.H. ó de los arts. 1514 y 1518 de la L.E.C. y 175,2º del R.H. (mucho mas divergentes entre sí antes de la Ley 10/1992 de 30

de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), ahora con esa remisión al arbitrio judicial res´pecto de los procesos ya incoados yo me atrevo a sugerir que no formulemos ninguna objeción, ni siquiera respecto de sus repercusiones registrales, tanto a los órganos judiciales que se hayan decidido a apurar el proceso "*vetero modo*", como a los que lo hayan acompasado al art. 131 y concordantes de la L.H., ó a los 1429 y ss. L.E. C.

Nuestra vigilancia (art. 100 R.H.) del acatamiento judicial de la nulidad que ahora se ha declarado por el máximo intérprete constitucional no la podremos desplegar en toda su dimensión hasta que acaso por descuido nos llegaran mandamientos en petición de certificación de cargas o testimonios de adjudicaciones, que deriven de autos de secuestro que llevasen número estadístico-judicial del año 1995 y posteriores.

* * *

En resumen:

1º.- Se ha declarado inconstitucional por pretendidamente contrario al principio de igualdad el procedimiento especial (que no singular) de ejecución hipotecaria regulado en los arts. 33 a 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, 10 a 13 del Real Decreto-Ley (Reglamento) de 4 de agosto de 1928 (5) y 92 a 95 del Real Decreto de 3 de noviembre también de 1928.

2º.- Al no cuestionarse la constitucionalidad del similar procedimiento de ejecución consagrado en el Decreto-Ley de 5 de febrero de 1869 mantenido como vigente por el art. 1560 de la L.E.C., se da la paradoja de que se ha cancelado una copia (la única que se usaba en la vida real) pero se ha dejado subsistente la matriz o protocolo, que acaso pueda desempolvarse ahora.

3º.- Por si fuera poco la argumentación para tildar de privilegiado e infundado al procedimiento acabado de anular se apoya en una confusión entre la vía ejecutiva peculiar del Banco Hipotecario de España, que no constituye un privilegio personal de dicha Entidad, sino a lo sumo de toda la casta denominada "*Entidades de Crédito Territorial*", y el genuino privilegio, hoy también compartido por las Entidades financieras del art. Segundo 1 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de emitir cédulas hipotecarias con garantía de subhipoteca "*ex lege*".

4º.- En el colmo de la desorientación el T.C. abandona al arbitrio judicial la culminación con las adaptaciones procesales que estimen necesarias, de las ejecuciones que estuvieran en marcha el día, (aun ignorado por mí), en que se publique la Sentencia en el B.O.E.

NOTAS:

(1) En puridad la Ley venía rotulada en la Gaceta como "*disponiendo la forma en que deberán satisfacerse los intereses de las diferentes clases de deuda del Estado*" por mas que en sus artículos 13 y ss. se prevenía como operación combinada la creación de un Banco de Crédito Territorial con el título de Banco Hipotecario de España. Puede verse su texto completo en "*Leyes Hipotecarias y Registrales de España*". Fuentes y Evolución, C.E.R. del I.C.N.R.P.M.E., Ed. Castalia, T.I., Vol. I., Madrid 1989, págs. 622 y ss.

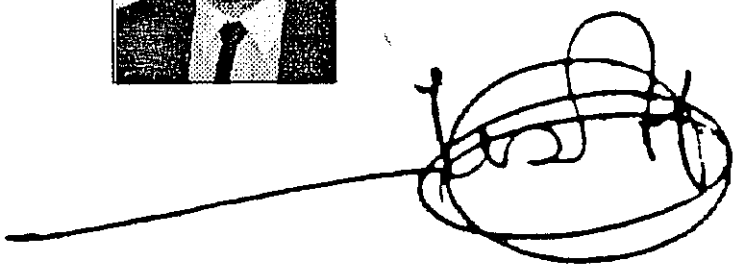
(2) Pese a su aparente rango legal esa norma que se autocalificaba, como todas las similares dictadas durante la Dictadura de Primo de Rivera, de decreto-ley (y que diverge pues de su democrático homónimo previsto en el artículo 86 de la vigente Constitución española), en realidad había quedado degradada al nivel de mero Reglamento de 15 de abril de 1931, de cuyo juego combinado se deducía que "*quedaban reducidos al rango de preceptos meramente reglamentarios, solo válidos y aplicables en cuanto se conformen con el texto anterior y superior de leyes votadas en Cortes*" "*los titulados Decretos-Leyes de la Dictadura que al llegar el día 1º de junio (de 1931) no hubieren sido objeto de otra distinta y expresa declaración*", como no lo fue este de 1928. Mal debían ser objeto, pues, estos artículos degradados de una cuestión de constitucionalidad que el art. 35.1 de la L.O.T.C. reserva a normas con rango de ley. Ya destaqué en su momento, tras las huellas de Peña Bernaldo de Quirós esa peripecia legislativa del Decreto-Ley de 1928 tanto en el comentario que hice a la Resolución de la D.G.R.N. de 13 de abril de 1982, R.C.D.I. nº 558, págs. 1279 a 1316, cuanto en mi artículo-conferencia "*La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipoteca*" Lunes 4'30 nº 117 págs 15 a 37.

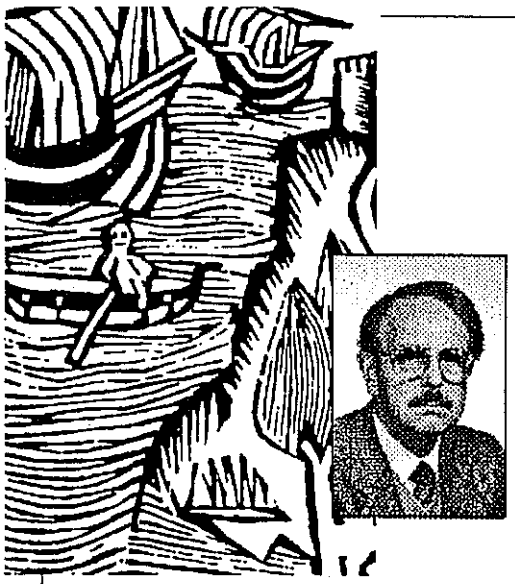
(3) Dieciocho en total acumuladas a la inicial de ellas suscitada por el J.P.I. nº 10 de Sevilla.

(4) Por quien no tenga cómodo acceso a la Gaceta de tal antigüedad, puede verse su texto, Exposición de Motivos incluida, en las "*Leyes hipotecarias*" cit. t. IV, vol I, Madrid, 1991, págs 452 y ss., y también, sin aquella Exposición, en el Diccionario de Martínez-Alcubilla, 6ª ed., t. VIII, págs. 619 a 621.

(5) La Sentencia en su decisión final lo rotula al modo actual como Decreto-Ley 104/1928, de 4 de agosto, pero no hay base para ese número 104 previo a la barra porque según el Diccionario de Martínez Alcubilla el nº secuencial que correspondía a tal disposición entre las del Ministerio de Hacienda era el 1404 no el 104.

Valencia 22 de mayo de 1994.
Juan Manuel Rey Portolés.





Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de Marzo)

Como puso de relieve el Senador IBARZ I CASADEVALL en la Sesión del Pleno del Senado celebrado el miércoles 9 de Marzo del año en curso (Diario de Sesiones del Senado, nº 25/1994) "*un artículo publicado en el periódico "La Vanguardia", de Barcelona, suscrito por el Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña, Don Fernando Méndez González, y el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, Don Alfonso Hernández Moreno, puso de manifiesto las posibilidades que ofrecía el artículo 1.211 del Código Civil para propiciar la repercusión del descenso de los tipos de interés en los préstamos con garantía hipotecaria por la vía de la subrogación*". El artículo de referencia llevaba el título de "*Coste del cambio de hipoteca*" y fue publicado el 3 de Octubre de 1993.

Consecuencia de esta tesis fue la Moción presentada por Izquierda Unida-Iniciativa per Cataluña al Congreso de los Diputados el 2 de Noviembre de 1993 y que fue aprobada por unanimidad de la Cámara por el Pleno en su sesión del 8 siguiente. En esta moción se instó al gobierno a producir en el más breve plazo posible la normativa adecuada sobre transparencia, condiciones financieras y derechos de acreedores y deudores en los préstamos hipotecarios de forma que el descenso en los tipos de interés repercuta directamente en beneficio de las personas físicas titulares de dichas hipotecas y créditos y valore la conveniencia de extenderlo posteriormente a las personas jurídicas.

En todo caso la normativa -continúa diciendo el texto aprobado- deberá incluir los siguientes extremos:

a) Habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1.211 y 1.212 y concordantes del Código Civil puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor.

b) Cuantificar la necesaria reducción de los costes materiales, notariales y registrales de la operación, así como de la reducción de costes fiscales, en los casos de subrogación de hipoteca.

c) Reconocimiento del derecho de los primeros acreedores a resarcirse en todas las condiciones pactadas expresamente en las correspondientes escrituras en caso de vencimiento anticipado por subrogación.

El primer proyecto presentado para recoger estas directrices se debe al Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió y llevaba como

rúbrica la de "*Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley Hipotecaria*". Fue publicado en el Boletín de las Cortes-Senado el 30 de Diciembre de 1993 (Serie IIIA, nº 8,a) e iba encaminado, por aplicación de los principios de igualdad entre las partes y de equilibrio de los intereses de los contratantes, a hacer extensivos al deudor los derechos que los artículos 131, 132 y 153 de la Ley Hipotecaria confieren al acreedor, mediante la reforma parcial de su articulado.

Las reformas propuestas consistían en:

1º) Adicionar al art.º 144 L.H. un párrafo en el que se establecía que cuando tuviere lugar la subrogación al amparo del artº 1.211 C.c., tal subrogación se haría constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal y surtirá efectos respecto de terceros desde la fecha de inscripción de la hipoteca.

2º) Adicionar un nuevo artículo 151.bis a la propia L.H., estableciendo las reglas a las que debía sujetarse el uso por el deudor del derecho reconocido en el artº 1.211 C.c. y que en síntesis eran:

- obligación por parte del acreedor de dar carta de pago,
- en caso de negativa, el deudor podía acudir a un Notario para que éste, a la vista de la escritura de préstamo, le hiciere la liquidación de la deuda, y requerir, si el acreedor fuese entidad de crédito autorizada, para que ésta le certifique las cantidades satisfechas hasta ese momento,
- subsiguiente notificación, notarial o judicial, al acreedor de la liquidación practicada,
- si no hubiese oposición, consignación, notarial o judicial, de la cantidad resultante de la liquidación formulada, pudiendo seguidamente el deudor o el nuevo acreedor solicitar la inscripción de la subrogación presentando la escritura de préstamo con pacto de subrogación del 1.211 C.c., copia o certificación al acreedor de la liquidación; y justificación de la consignación, y
- si el acreedor se opusiere, sólo podría, en el plazo de ocho días naturales, alegar error (en cuyo caso el deudor podía acudir al Juez competente, que lo sería el de la regla primera del artº 131 L.H., el cual, oídas ambas partes, acordará lo que estime procedente dentro de los tres días siguientes en auto apelable en un solo efecto por los trámites de apelación de los incidentes) o falsedad (que interrumpirá el procedimiento cuando se incoe causa criminal).

Esta proposición de Ley fue retirada por su autor el 9 de febrero de 1994 (Boletín de las Cortes-Senado, Serie IIIA, número 8, b, del 15 siguiente). Retirada quizás debida a la presión ejercida por el Gobierno que no podía perder la ocasión de ser el paladín del abaratamiento de los costes de las hipotecas. El 10 de diciembre ya hubo acuerdo del Consejo de Ministros para que por el Ministro de Justicia se remitiera a los organismos competentes un "*Anteproyecto de Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*", a fin de que remitieran el preceptivo dictamen. Resultado de dichos dictámenes fue el Proyecto publicado en el Boletín de las Cortes-Congreso del 4 de Febrero de 1994 (Serie A, nº 51-1), del que es autor el gobierno, y que la Mesa de la Cámara acordó encomendar su aprobación con competencia legislativa plena por el procedimiento de urgencia, estableciendo un plazo de enmiendas hasta el 14 siguiente y que fue posteriormente ampliado un día más (Boletín de las Cortes-Congreso, Serie A, nº 51-2, del 11 de Febrero de 1994).

En este proyecto el ámbito de la Ley, tanto por lo que se refiere a la subrogación como a la novación modificativa, quedaba limitado a los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades financieras para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocio o para la rehabilitación de viviendas (artºs. 1 y 9).

El proyecto, al que se presentaron setenta y cuatro enmiendas (vide Boletín de las Cortes-Congreso del 17 de febrero, Serie A, nº 51-3), fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del mismo 17 de febrero, de conformidad con el procedimiento de lectura única, publicándose el texto en el Boletín de las Cortes-Congreso de 22 siguiente (Serie A, nº 51-4); texto que se remitió al Senado, contra el que se presentaron sesenta y seis enmiendas y que fue aprobado el 9 de marzo. De nuevo en el Congreso se aprobaron las enmiendas introducidas por el Senado en la sesión plenaria del 24 de Marzo y el texto definitivo se publicó en el Boletín de las Cortes-Congreso el 28 siguiente (Serie A, nº 51-6) y el 4 de abril en el B.O.E. nº 80, como Ley 2/1994, de 30 de marzo, entrando en vigor el mismo día de su publicación, de acuerdo con su Disposición final única.

En su Exposición de motivos —que a penas si fue objeto de modificación, como no fuera en orden a la introducción del inciso final de su párrafo primero (desde "*Esta Ley viene además a cumplir...*"), consecuencia de la aceptación por el Congreso de la enmienda nº 1 del Grupo Parlamentario Federal IU-IC, y también del inciso final de su párrafo cuarto (desde "*A estos efectos se entenderá...*"), productor de la enmienda nº 52 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de CIU— se destaca la "*ratio*" de la reforma: el descenso generalizado de los tipos de interés y cuya repercusión en los de los préstamos hipotecarios hacen "*razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso*". Situación de estos prestatarios agravada por la fuerte comisión de amortización anticipada impuesta por las entidades crediticias y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito y la constitución de otro nuevo.

¿Medio para alcanzar la solución de estos males? El renacimiento glorioso de la subrogación convencional prevista en el olvidado artº 1211 de nuestro viejo Código civil, que se convierte en el salvador de la patria, pues según estamos cansados de leer, oír y ver en los medios de comunicación *"más de dos millones de familias tendrán la hipoteca más barata a partir del lunes"* ("Ultima Hora, del Viernes 25 de Marzo).

El estudio que iniciamos seguidamente de esta nueva Ley lo centraremos en el examen crítico jurídico de sus preceptos, poniendo de relieve las dudas de interpretación que se nos puedan plantear y dificultar, por tanto, su aplicación práctica. No entramos en si el artº 1211 del C.c. es o no la panacea universal para todos los males de nuestra economía, si la Ley supone una injerencia de la Administración en el libre funcionamiento del mercado, si la comisión de cancelación anticipada puede ser equiparada a una pena por desistimiento que pueda ser moderada por Ley y no sólo por los Tribunales ex-artº 1154 C.c, y ni siquiera en si respeta a no todos los principios constitucionales. La Ley ha sido aprobada, creo que puede afirmarse, por aclamación y su propósito es indudablemente plausible. Abandonando, pues, toda idea premeditada de crítica

destructiva, nos colocamos adecuadamente nuestros impertinentes jurídico-crítico-constructivos y entramos sin más preámbulos en el fondo del asunto.

Sistematizando la materia cabe diferenciar dos partes: la subrogación y la novación modificativa, amén de sus Disposiciones Adicionales.

I.- SUBROGACIÓN.

La subrogación implica la entrada o ingreso de un nuevo acreedor en el lugar del antiguo. Es una causa modificativa o de novación impropia de la obligación primitiva, ex-art. 1.203 C.c., según el cual "*las obligaciones pueden modificarse: ... 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor*".

1) Ambito.

¿Quién subroga? El deudor. Cualquier deudor. La Ley no distingue, simplemente nos dice en el artº.2º que "*el deudor podrá subrogar...*" y en el artº 1º que "*las entidades financieras... podrán ser subrogadas por el deudor...*". Así pues, y desde este punto de vista, todo deudor, sea persona física o jurídica, español o extranjero (artº 27 C.c.), puede colocar a un nuevo acreedor en lugar del primitivo, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos enumerados en la Ley.

¿En qué clase de préstamos? En los préstamos hipotecarios (artº. 1º). En los préstamos garantizados con hipoteca, es decir formalizados en escritura pública autorizada por Notario (artºs. 1280 y 1875 C.c., y artº. 3º L.H.).

Tratándose de préstamos hipotecarios no hay ninguna limitación por razón de su objeto. En el proyecto inicial, como ya indicamos, la subrogación de que se trata quedaba limitada a los préstamos concedidos para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocio o para la rehabilitación de viviendas. El Grupo Parlamentario de Coalición Canaria presentó una enmienda en el Congreso (la enmienda número 7) ampliando este objeto a los préstamos concedidos para la promoción o adquisición de edificios protegidos por la legislación del patrimonio histórico español, con lo que pretendía favorecer la creciente, aunque insuficiente -como indicaba la justificación de la enmienda-, rehabilitación para usos comerciales o de vivienda de edificios incluidos en Catálogo o Planes Especiales de Protección del patrimonio arquitectónico español. Más generosas fueron las enmiendas del Grupo Parlamentario Vasco, Grupo Parlamentario Popular y Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) -enmiendas 15, 26 y 59, respectivamente- en las que se suprimía toda limitación, considerando justificado y carente de sentido limitar el beneficio de la subrogación. Concretamente en la justificación de la enmienda de CIU se decía "*carece de sentido privar de esta ventaja a ciudadanos y empresas que concertaron préstamos para finalidades diversas de las indicadas en el inciso cuya supresión se propone, entre las cuales están la financiación, adquisición y renovación del aparato productivo del país*". Y añadía "*Por otra parte, la distinción entre los préstamos según su finalidad requiere que sea el Notario quien juzgue probada ésta, sin cuyo requisito no podrá autorizar la escritura, y abriría la vía a demandas judiciales, a sustanciar por juicio declarativo, que impugne la aplicabilidad de la presente Ley a aquéllos*

préstamos cuya finalidad no sea apreciada concorde por el Juez con las definidas en el Proyecto de Ley y que esta enmienda suprime".

La afirmación que acabamos de hacer, de que tratándose de préstamos hipotecarios no hay ninguna limitación por razón del objeto, debe ser matizada en cuanto a ciertos préstamos que "*de facto*" quizás no puedan considerarse comprendidos. Es el caso de los préstamos subvencionados en los que existe un convenio expreso con determinada entidad crediticia y parece que será imposible la subrogación si la nueva entidad no lo ha suscrito. Más claro aún puede ser el ejemplo de los préstamos concedidos a empleados de ciertas Cajas. También surgirán dificultades prácticas, que quizás imposibiliten la subrogación, en los préstamos hipotecarios en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador (artº 150 y ss. C.H. y concordantes del Reglamento), en los que el derecho hipotecario se entiende transferido con la obligación o con el título, convirtiéndose sus tenedores en los verdaderos prestamistas; así como también en las hipotecas en garantía de operaciones cambiarias y crediticias (artº 153 L.h. y 245 R.H.).

¿Préstamos hipotecarios concedidos por quién? Por las entidades financieras a las que se refiere el artº 2 de la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de Mercado Hipotecario (artº. 1º.1). "*Subjetivamente -dijo el Ministro de Justicia Sr. BELLOCH JULBE, en nombre del gobierno, en sus palabras de presentación de este proyecto de Ley ante el Congreso en su sesión Plenaria nº 47 del 17 de febrero (Diario de Sesiones del Congreso nº 48)- el proyecto de Ley comprende desde el punto de vista pasivo, tanto a las personas físicas como a las jurídicas y, desde el punto de vista activo, comprende solamente a las entidades financieras agentes del mercado hipotecario. Quizás esto requiera también algún comentario, la universalización en este caso no la propone el gobierno, no ya solo por la obvia consideración de que la práctica totalidad del mercado hipotecario está dentro de estas entidades, sino porque, además, en los supuestos en que no es así, la efectividad del mecanismo de suplir el consentimiento del acreedor sería sumamente difícil de lograr*".

El Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda ante el Congreso (nº 26) y la reiteró ante el Senado (nº 16) de supresión de este artº. 1º.1, justificándola en ambos casos en que "*la razón de ser de la Ley es la aplicación a los préstamos o deudas, en general, garantizados con hipoteca, del supuesto del artículo 1.211 del Código Civil. Carece de sentido la restricción subjetiva y sectorial del ámbito de la Ley*". En el Congreso la enmienda 26 fue rechazada con 151 votos a favor, 158 en contra y dos abstenciones. En el Senado su defensor Sr. CAÑELLAS FONS se allanó, si se nos permite la expresión, afirmando "*Dejemos el ámbito. Nosotros entendíamos que había que llegar a lo que dispone el artículo 1.211 del Código civil. Sus señorías opinan que no, que ese es parte, que no quieren el todo, "de gustibus et coloribus non est disputandum", por tanto, lo dejo*".

Las entidades financieras del artº. 2º de la Ley de Mercado Hipotecario (según la redacción que le dió el R.D. 1289/1991, de 2 de Agosto, dentro del marco de la Segunda Directiva del Consejo de la CEE de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las Entidades de Crédito y a su ejercicio -89/646/CEE-), son:

a) El Banco Hipotecario de España y las restantes Sociedades de crédito de capital público estatal.

b) Los Bancos privados.

c) Las cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

d) La Caja Postal de Ahorros.

e) Las Entidades de financiación reguladas por el R.D. 896/1977, de 28 de Marzo.

f) Las Entidades cooperativas de crédito.

g) Las Sociedades de crédito hipotecario que cumplan los requisitos exigidos por el R.D. 685/82, de 17 de Marzo.

Dentro de la expresión "*Bancos Privados*" hay que entender incluidos, asímismo, las filiales y sucursales de Entidades de Crédito extranjeras inscritas en el Registro Especial del Banco de España. Regula la materia el R.D. 144/1988, de 30 de Septiembre y la reciente Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria antes citada y se adiciona un Título V a la Ley 26/1988, de 29 de Julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En esta Ley se enumera expresamente como actividad que podrán ejercer las entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la CEE, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios, las de "*préstamo y crédito*", incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales" (artº. 52,b).

¿A quién puede subrogarse? Unicamente a las entidades financieras a que nos acabamos de referir (artº. 1.1).

¿Préstamos a interés fijo y/o variable? La Ley no establece ninguna limitación, por tanto entran dentro de su ámbito todos los préstamos hipotecarios, ya sean a interés fijo o variable. Así se desprende de sus artºs. 1º y 4º, y de la interpretación "*a contrario*" del artº 3º. Con rubor reproducimos las palabras de la Exposición de Motivos -introducidas como consecuencia de la aceptación por el Senado de la enmienda nº 52 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de CIU-: "*A estos efectos se entiende como préstamo de interés variable aquél que modifica su tipo de interés en el transcurso de su periodo de amortización*".

El Ministro de Justicia Sr. BELLOCH, en su citado discurso de presentación, lo expresó con claridad: "*Afecta, y conviene aclararlo, porque en ocasiones se ha dicho otra cosa, tanto a los préstamos hipotecarios de interés fijo como a los préstamos hipotecarios de interés variable; lo que ocurre es que afecta de manera diferenciada... la única diferencia radica, por lo tanto, en que, para el caso de los préstamos de interés variable, se establece, además, la fijación de un tope máximo de un uno por ciento con respecto a la comisión por cancelación, siempre y cuando, naturalmente el pactado fuere superior a dicho tope*".

¿Préstamos pactados, cuándo? La subrogación será de aplicación a los contratos de préstamos hipotecarios, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada (artº. 1º.2).

O sea que, en el tiempo, la nueva ley es de aplicación retroactiva respecto de los préstamos hipotecarios ya formalizados y de aplicación de futuro para los que puedan formalizarse a partir de su entrada en vigor, aun cuando en ambos casos no figure el pacto o cláusula de amortización anticipada. La "*ratio*" de la norma -protección a los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos de interés- es causa justificada de su aplicación retroactiva, plenamente acorde con lo previsto en el artº 9.3 de la Constitución y 2.3 del C.c.

2) **Requisitos de la subrogación.**

El "*grueso de la Ley*" -y reitero palabras de nuestro Ministro de Justicia en su presentación del proyecto- es el mecanismo de la subrogación prevista en el artº. 1.211 del C.c., que supone una excepción a la subrogación convencional o negocial que regula dicho cuerpo legal.

La subrogación expresa o convencional, lo aprendimos de CASTAN, requiere: 1º El consentimiento del nuevo acreedor, ya que estipula un derecho para sí. 2º El de antiguo acreedor, que renuncia a su crédito. No se exige, en cambio el consentimiento del deudor. Así se desprende del artº 1.159 C.c. cuando dice que "*el que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos*"; pero del mismo precepto se desprende que éste si podrá, por su propia voluntad, subrogar al "*solvens*" en los derechos que él tenía contra el deudor (PUIG PEÑA).

Como excepción a lo expuesto el artº 1.211 C.c. no exige el consentimiento del acreedor en la llamada "*subrogación ex mutuo*": "*el deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada*".

Esta subrogación -que nació en el Derecho francés en la declaración de Enrique IV (1609), relativa a la llamada conversión de rentas, de donde la tomó el Código napoleónico que ha inspirado al nuestro- es el instrumento asumido para solucionar el problema social que se había planteado como consecuencia de la rebaja de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios.

Prometimos no entrar en juicios descalificadores y mantenemos nuestra promesa. Nos limitamos por ello a reproducir las palabras del Sr. BELLOCH en defensa del proyecto, el cual, tras considerar como temas centrales el del consentimiento del acreedor primitivo y el del tratamiento de la comisión por cancelación o amortización anticipada, refiriéndose al primero de ellos dijo: "*El dilema que se produce en realidad -que, por otra parte es un tema clásico entre juristas- es, por un lado la obligatoriedad del contrato para las partes que lo han firmado libremente y, por otro lado, la modificación esencial o sustancial de las circunstancias que concurrieron al tiempo de la conclusión de ese contrato. Es un tema clásico en la doctrina que ha despertado -como ocurre siempre en el Derecho, que nunca hay unanimidad- diversas soluciones. Sin embargo, sí puede afirmarse que la solución prácticamente unánime es entender que ese cambio es perfectamente posible, sobre todo tratándose de contratos de larga duración -que, evidentemente, es el caso de los préstamos hipotecarios- cuando la relación de equivalencia de las prestaciones entre las partes ha sufrido un cambio drástico, en cuyo caso la vía jurídica sería la resolución, o, simplemente, un*

cambio lo suficientemente relevante para que fuera innecesaria la modificación. Ciertamente se ven diariamente en la vida judicial múltiples contratos firmados de estas características. Sin embargo, el gobierno, siguiendo la orientación del Parlamento, consideró que no era riguroso dejar el problema en manos del Poder Judicial, por muchas razones, porque afecta a dos millones de situaciones. No tenía ninguna lógica que se fuera a la revisión individualizada, por vía judicial, de todos y cada uno de los préstamos hipotecarios que existían en el mercado. Se trataba, por el contrario, de una situación de carácter general frente a la cual la lógica respuesta es la respuesta normativa, la respuesta legal. Este es, por otra parte, un instrumento usual y tradicionalmente usado por el legislador para atender situaciones de carácter general. Por tanto, lo que el proyecto pretende es aplicar un remedio jurídico acuñado por el Derecho, que consistiría en la revisión legal de los contratos de ejecución sucesiva y de larga duración, en atención a la generalidad de sujetos afectados -más de dos millones de españoles-, al bien jurídico protegido y a la alteración de las circunstancias perfectamente válida, perfectamente ortodoxa, que ya recogía el acuerdo del Congreso de 2 de Noviembre de 1993".

El procedimiento en materia de subrogación quedó perfilado en el Congreso al ser aprobadas las enmiendas transaccionales presentadas por el Grupo Socialista en relación con los números 61 a 66 del Grupo Catalán (CIU) y nº 2 de Izquierda Unida-Iniciativa per Cataluña, y que han pasado a ser el artº 2 de la nueva Ley.

Según el Ministro SR. BELLOCH, en su repetido discurso ante el Congreso, el procedimiento no es innovador o extraño en nuestro ordenamiento jurídico "*es la práctica trasposición del procedimiento establecido en el artículo 153 de la vigente Ley Hipotecaria -pocas leyes con más prestigio jurídico-, con las lógicas adaptaciones al sistema*".

El "*iter*" se inicia con las conversaciones o contratos que el deudor (sujeto activo) mantiene con una entidad financiera, a la que le explicará las condiciones del préstamo que tiene concertado con otra entidad análoga (primer acreedor). Si la nueva entidad (segundo acreedor) está dispuesta a subrogarse presentará al deudor una **oferta vinculante** en la que constarán -según leemos en el párrafo 2º del artº. 2º- "*las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario*".

De este párrafo parece desprenderse que la oferta en cuanto a las condiciones financieras no tiene límite alguno, pero evidentemente esta interpretación ha de ser rechazada por cuando al artº 4º es categórico y rotundo: "*en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente*". Al examinar este precepto trataremos de precisar su sentido; bástenos adelantar aquí que la interpretación del artº 2º, nos viene impuesta o condicionada por el artº 4.

La oferta que presenta el segundo acreedor es, como explícitamente consta en la Ley, vinculante para él, de tal forma que dicha entidad financiera deberá mantenerla por un plazo prudencial hasta que pueda ser conocida por el deudor. Plazo que puede pactarse "*inter partes*" y que de no haberse hecho así, y si se hubiese retirado la oferta extemporáneamente, deberá ser fijado o establecido por los Tribunales competentes. No parece lógico entender que la oferta sea "*per in vitam aeternam*" y que la entidad financiera no pueda retirarla en tiempo alguno.

También parece normal que la entidad presente la oferta por escrito y firmada por apoderado con poder bastante, y que sea aceptada, asimismo, por escrito por

el deudor o representante con facultades para ello, momento a partir del cual dejará de ser oferta pasando a convertirse en consentimiento irrevocable, salvo mutuo disenso (artº 1.262 C.c.).

Además "*la aceptación de la oferta por el deudor- según el propio párr. 2º del artº 2º- implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora y la requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar*".

No establece la Ley la forma de notificación, pero dado que la recepción de la misma es el "*dies a quo*" para que la máquina se ponga en marcha, lo menos que cabrá exigir es constancia escrita de este hecho, aunque sea con un mero "*recibí*" puesto al pie del duplicado de la oferta. La intervención notarial no es necesaria, aunque nadie puede dudar de su conveniencia como "*desfacedora*" de posibles entuertos.

La notificación se hace por la segunda entidad financiera a la primera. No interviene, por tanto, el deudor. El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió presentó la enmienda nº 54 en la que se proponía que el requerimiento al primer acreedor de la certificación del importe del débito se hiciera conjuntamente por la entidad dispuesta a subrogarse y el deudor, alegando como justificación que "*las entidades acreedoras no pueden facilitar a terceros no autorizados datos relativos a los débitos de sus clientes ya que están obligados a PRESERVAR EL SECRETO BANCARIO*". La enmienda transaccional aprobada suple la falta de intervención del deudor y salva el escollo del secreto bancario, conectando a la aceptación de la oferta por el deudor el efecto de autorización o apoderamiento para que la oferente requiera al primer acreedor para que le entregue certificación del saldo.

Recibida la oferta vinculante aceptada por el deudor, el primer acreedor puede optar por entregar la certificación o por dar la callada por respuesta y/o negarse a entregar la certificación.

Si entrega la certificación se le reconoce el "derecho a enervar la subrogación si, en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario (artº. 2º, párrafo 3º). Este derecho de enervar no figuraba en el texto primigenio del Proyecto. Su origen hay que encontrarlo en las enmiendas 61 y 65 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU) del Congreso, que concedían al primer acreedor el derecho a oponerse a la subrogación mediante el ofrecimiento de la inmediata novación modificativa del préstamo "*en condiciones idénticas a las contenidas en la oferta de la entidad que pretende subrogarse*". Este derecho fue calificado de "*tanteo*" al justificarse la enmienda, e igual calificativo le dió el Sr. MARTINEZ NOVAL al aceptar en el Congreso en nombre del Grupo Socialista la propuesta y hacerla suya a través de la indicada enmienda transaccional. Lo que ha ocurrido es que al ser aprobada esta enmienda transaccional la idea original se ha desvanecido y no estamos ya ante un verdadero tanteo que permite al primer acreedor dejar sin efecto la oferta vinculante y subsiguiente subrogación haciendo suyas las mismas condiciones contenidas en la oferta. Lo de "*condiciones idénticas*" ha desaparecido y la Ley sólo habla de enervar la subrogación y formalizar con el deudor novación modificativa del préstamo originario. Novación modificativa que, en teoría, podrá ser en condiciones distintas, incluso más onerosas, que las contenidas en la oferta

vinculante. Lo dicho no obsta para que si se quieren disfrutar de los beneficios que concede el artº 9 de la propia ley, se cumplan las condiciones en el mismo establecidas: mejora de las condiciones del tipo de interés, pero no mejora en las condiciones contenidas en la oferta vinculante.

Si no se entrega la certificación y no se enerva la subrogación ("*en caso contrario*" se afirma en el párrafo 3º del artº) para que la subrogación surta efectos se ha de cumplir los requisitos siguientes:

- el deudor deberá formalizar escritura pública de préstamo con la nueva entidad financiera, haciendo constar en ella su propósito de pagar con el dinero obtenido al primer acreedor, conforme a lo dispuesto en el artº. 1.211 del C.c. (artº 2, pár. 1º y 3º). Escritura que, aun cuando no se diga expresamente, deberá otorgarse una vez transcurridos los quince días naturales a contar desde la entrega de la certificación acreditativa del importe del débito del deudor, plazo dentro del cual el primer acreedor puede enervar la subrogación. Si no se ha entregado la certificación, parece que el único plazo que hay que esperar es el de siete días naturales a contar desde que el posible nuevo acreedor notifique al primero la oferta vinculante. En este sentido consideramos debe interpretarse lo prevenido en el párrafo 3º del repetido artº 2º; es decir, si se entrega la certificación habrá un plazo de siete días para efectuarlo y otro de quince días para enervar; si no se ha entregado la certificación, no debe proceder el derecho de enervar,

- en la propia escritura de préstamo con el nuevo acreedor, éste (la entidad subrogada) deberá, además, declarar "*haber pagado al primer acreedor la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos*" (artº. 2º, pár. 3º) y se incorporará a la escritura -según este mismo párrafo- un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria. La exigencia de que a esta escritura se incorpore el resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria supone que el segundo acreedor deberá haber abonado al primero el importe del débito antes de haberse firmado con el deudor la escritura de préstamo del artº 1.211 C.c. ¿Y si el deudor no comparece a firmar? Importante laguna e importantes dificultades y riesgos que, sin duda, obstaculizarán las operaciones de subrogación no consentidas por el acreedor primitivo.

Si el pago aún no se hubiera efectuado -señala el párrafo 4º del propio artículo 2º- porque la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago, bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación a disposición de la entidad acreedora.

La justificación de este sistema establecido para el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida, se contiene en la Exposición de Motivos, que reitera el criterio ya expuesto por el Ministro Sr. BELLOCH: "*El procedimiento instrumentado análogo al previsto por el artículo 153, párrafo 5, de la Ley Hipotecaria, tiene idéntico fundamento que éste, reforzado si cabe por el hecho de tratarse de una liquidación a practicar entre dos entidades financieras a las que hay que presumir, por el mero hecho de serlo, la necesaria lealtad recíproca*".

Depositada la suma en poder del Notario, éste "*notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes*" (párrafo 4º "*in fine*", del artº 2º).

Impone, pues, la nueva Ley a los Notarios la obligación de aceptar un depósito -lo que supone una importante excepción al principio de voluntariedad recogido en el artº 216, pár. 2º, del vigente Reglamento Notarial"- y una subsiguiente "*notificación de oficio*" -contraria también al principio de rogación que inspira toda la legislación notarial; calificativo que intentó ser suprimido por la enmienda nº 24 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, alegándose que "*el Notario no efectuará la notificación "de oficio", es decir, por decisión suya, sino porque se lo impone este precepto de la Ley*"-.

Esta notificación se hará a la entidad acreedora mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes. Los términos imperativos del precepto ("*notificará*")... parecen imponer como obligatoria la remisión por Correo de copia autorizada. No creemos deba ser así interpretado el precepto y que cabrá la notificación personal en los términos prevenidos en los artºs. 202 y 203 del Reglamento Notarial; aunque quizás, por prudencia, sea conveniente atenerse al texto de la Ley, a la vista, además, de lo preceptuado en el artº 206 del propio Reglamento Notarial.

El primer acreedor notificado puede alegar error en la cantidad que se pone a su disposición "*en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes*" (artº. 2º, pár. 4º). La frase "*en la misma forma*" supone que la alegación del error sólo puede hacerse por conducto notarial, bien sea por diligencia a continuación de la escritura de subrogación o mediante un acta independiente.

La alegación del error no será obstáculo para que la subrogación surta todos los efectos (artº. 2º, pár. 5º), aunque si dará paso a la intervención judicial que regula este mismo párrafo 5º. El procedimiento, especial y abreviado, se tramitará ante el juez competente para entender del procedimiento de ejecución y se iniciará a petición de la entidad acreedora (primer acreedor) o de la entidad subrogada (segundo acreedor). El juez citará a ambas entidades financieras, dentro del término de ocho días, a una comparecencia, y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que se dicte será apelable en un sólo efecto y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes.

3) Comisión por amortización anticipada.

En el primitivo Borrador de la Ley la comisión por cancelación anticipada afectaba tanto a los préstamos a interés fijo como variable y no podía exceder de la cantidad que en su día se había percibido en concepto de comisión de apertura por la concesión del mismo préstamo, salvo que se acreditara la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias y que fuera consecuencia directa de la amortización anticipada.

En el Proyecto publicado en el Boletín del Congreso (4 de Febrero de 1994, serie A, nº 51-1) ya aparecía la limitación de su cuantía al 1% y aplicable sólo a los préstamos de interés variable.

A este artículo se presentaron nueve enmiendas en el Congreso de muy diferente signo. La nº 3 del Grupo Federal IU-IC, la limitaba a los préstamos a interés fijo; las nº 9 (Coalición Canaria), 13 y 14 (Grupo Mixto EA-EE) y 16 y 17 (Grupo Parlamentario Vasco PNV y Grupo Mixto EA), la extendían a todos los préstamos; la nº 37 (Grupo Popular) propugnaba la supresión del artículo, lo que justificaba alegando que "*no puede establecerse limitaciones económicas en los contratos por el solo hecho de beneficiar a una parte, por ser contrario al principio de libertad contractual y de mercado*"; la nº 67 (Grupo Parlamentario Catalán CIU) que mantenía una redacción similar a la propuesta, pero que añadía otros párrafos referidos a los contratos posteriores a la entrada en vigor de la Ley y que, en cierta medida, pasaron a la actual Disposición Adicional Primera; y la nº 55 del Grupo Socialista que se llevó el gato al agua y, como mejor técnica, se ha convertido en el actual artº. 3º.

El Ministro Sr. BELLOCH en su discurso de defensa del Proyecto afirmó: "*Hubo que abordar, de manera inmediata, una cuestión previa importante. Me refiero al polémico problema de la comisión por cancelación o amortización anticipada. Esta comisión, al menos en su actual o muy próxima importancia cuantitativa, es un fenómeno relativamente reciente en el mercado hipotecario; coincide con el momento en que el interés del dinero alcanza su cuota más elevada y tuvo su origen en la enérgica competencia que mantuvieron las distintas entidades bancarias, durante ese concreto período de tiempo, para tratar de captar clientela. Lo cierto es que no tiene regulación legal, sus tipos varían de unas a otras entidades financieras y, ciertamente, en opinión del gobierno, se hace difícil admitir su justificación en los préstamos a interés variable. ¿Por qué particularmente en los préstamos a interés variable? Porque en este tipo de préstamos, a diferencia de lo que ocurre en los préstamos de interés fijo, el riesgo financiero que asume la entidad es prácticamente nulo... La realidad evidencia, por otro lado, que estas comisiones se pactaron precisamente en los préstamos hipotecarios a interés variable y ciertamente en este caso, opina el gobierno, se trataba de cláusulas que debería equivaler a las que se denominan cláusulas penales, es decir, a tener el carácter de pena por el desestimiento*". Tras destacar que los préstamos hipotecarios a interés variable representan el 88'5 por ciento del total de los préstamos hipotecarios, continuó señalando: "*Es conocido por SS.SS. que la pena por desistimiento, la cláusula penal, es moderable judicialmente, de acuerdo con lo que prevé el artículo 1.154 del Código civil, y no cabe duda, por otro lado, que, respecto de los préstamos que pudieran quedar fuera del marco de la Ley, los tribunales van a tener trabajo en ese terreno. Es evidente, sin embargo, que, si puede moderar el juez, por vía de análisis individualizado de un caso, estas cláusulas de carácter penal, con mayor razón puede y debe hacerlo el Parlamento soberano. Procede, pues, moderar, por medio de la vía legal, el exceso en que se haya podido incurrir. Para ello, el criterio que propone el gobierno trata de ser coherente con este planteamiento. Por un lado, modera las comisiones, fijando un porcentaje significativo, del 1 por ciento, el cual no se podrá superar, pero, por otro lado, deja abierta la vía judicial. Esto es necesario, es imprescindible, puesto que, efectivamente, puede darse el caso singular de que la entidad financiera puede llegar a acreditar que sufre perjuicios distintos de la pérdida de ganancias implícita en la cláusula penal. Para esos supuesto, puede -y así lo permite la Ley- acudir a reclamar la correspondiente indemnización ante los*

tribunales, pero, lógicamente, con la salvedad y cautela imprescindible de que semejante procedimiento en modo alguno suspenda la ejecución del proceso subrogatorio, pues en otro caso, simplemente, la Ley carecería de toda viabilidad".

De acuerdo con estas líneas maestras el artº 3º dispone que en las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, a interés variable, referidos en el artº 1º de la propia Ley (los concedidos por entidades financieras), la cantidad a percibir por la entidad acreedora (primer acreedor) en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, se calculará sobre el **capital pendiente** de amortizar, de conformidad con las siguientes reglas:

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

2ª) Si se hubiese pactado una comisión igual o inferior al 1%, la comisión a percibir será la pactada.

3ª) En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1% cualquiera que sea la que se hubiese pactado.

En este tercer supuesto, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias ("*damnum emergens*"), producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél por la vía judicial. La alegación del daño no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en la presente Ley, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido.

Suele ocurrir habitualmente que cuando el legislador enumera supuestos se deja alguno en el tintero. En este caso es el de inexistencia de pacto de amortización anticipada. La aplicación del artº 1.127 del C.c. (el plazo se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor) nos debería llevar a la conclusión de que si el acreedor no lo acepta no procederá la cancelación anticipada. Sin embargo el ya examinado nº 2 del artº 1º de la Ley resuelve la cuestión en sentido radicalmente contrario: aunque no conste en el préstamo la posibilidad de amortización anticipada, será de aplicación la especial subrogación en ella regulada. ¿Cabrá la comisión del 1%? Opinamos que no, ya que al no haberse fijado comisión alguna, estaremos en la regla 1ª.

4) **Escritura de subrogación.**

Otorgantes de esta escritura serán imprescindiblemente el deudor y el nuevo acreedor. Nuevo acreedor que deberá ser una de las entidades financieras a las que se refiere el artº 2º de la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario (artº. 1.1 y 2 párrafo 1º).

La comparecencia del primer acreedor no es necesaria. Por definición la subrogación se produce, como señala el párrafo 1º del artº 2º, "*sin el consentimiento de la entidad acreedora*" (primera entidad acreedora). Su intervención, no obstante, eliminaría el problema, antes expuesto, de que el segundo acreedor hubiere pagado y el deudor no compareciere para otorgar la escritura de préstamo. En este supuesto de presencia del primer acreedor el pago podría hacerse en el acto del otorgamiento y parece que debiera bastar que su representante recibiera en ese momento el importe del débito del deudor, bien en efectivo o mediante cheque

bancario conformado. En este caso no sería necesario incorporar a la escritura el "*resguardo de la operación bancaria realizada con (tal) finalidad solutoria*", a que alude el inciso final del párrafo 3º del artº 2º.

La escritura será una escritura del préstamo y en la que el deudor hará constar, expresamente, su propósito de subrogar a la nueva entidad en el préstamo que formalizó en su día con la primera entidad financiera, conforme a lo dispuesto en el artº 1.211 del C.c. Escritura a la que se incorporará el resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria, si el pago se ha podido realizar por haberse dado cumplimiento a lo prevenido en el párrafo 3º del artº 2º, o, en caso contrario, se completará con el depósito de la suma de la cantidad acreditada en poder del Notario autorizante para que éste notifique de oficio (?) la subrogación ya consumada al primer deudor (¡) y le ofrezca el pago de la cantidad de que se trate.

Para que se produzca la subrogación en los términos que la Ley contempla en la escritura "*sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones de tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente*" (artº 4º).

En el Borrador el artº 4º era del siguiente tenor: "*En la escritura de subrogación no podrá modificarse en modo alguno el contenido del contrato de préstamo, salvo la rebaja del tipo de interés, tanto ordinario como de demora*". Y en el Proyecto presentado por el gobierno a las Cortes se decía: "*En la escritura de subrogación no podrá modificarse en modo alguno el contenido del contrato de préstamo, salvo el cambio del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente*".

A esta redacción del proyecto se presentaron en el Congreso ocho enmiendas (nºs 4, 10, 18, 24, 39, 40, 41 y 56), encaminadas las nºs 10 (Coalición Canaria), 18 (PNV y Grupo Mixto EA) y 24 (Grupo Mixto PAR) a incluir la posibilidad de modificarse también el plazo del préstamo para evitar condiciones limitativas que bloqueen la auténtica liberalización del mercado hipotecario y hacer más operativa la Ley. Tesis que no prosperó, así como tampoco la enmienda 39 del Grupo Popular que, considerando al precepto obvio y redundante, pretendía su supresión. Fue la enmienda 56 del Grupo Socialista la triunfante y la que dejó el artículo en su actual redacción, como mejora técnica frente a la del Proyecto.

El Sr. MARTÍNEZ NOVAL, en la defensa de las enmiendas del Grupo Socialista y, al mismo tiempo, en su intervención para fijar posiciones respecto a las enmiendas presentadas por los otros grupos, afirmaba: "*... queríamos modificar también y precisar, en el artículo 4º, a qué nos referimos cuando hablamos de cambio en el tipo de interés en el caso de subrogación. Pues estamos refiriéndonos, tal como dice nuestra enmienda, a una mejora de los tipos de interés. Entendemos que con este término es suficiente, porque será el deudor hipotecario el mejor intérprete de qué significa para él "mejora de los tipos de interés". Mi impresión es que se pueden dar tres posibilidades, en relación con un cambio en los tipos de interés, que signifiquen mejora para el deudor hipotecario. Que se trate de una hipoteca a tipo fijo, con lo que deberíamos estar en presencia de una reducción del tipo de interés; que se trate de una hipoteca a tipo de interés variable o bien de un cambio en el tipo de interés de referencia de la primera entidad acreedora, o bien que, manteniendo el tipo de referencia inicial, reduzca el margen respecto a ese tipo de referencia. Eso es lo que nosotros entendemos por mejora de los tipos de interés, que hemos querido llevar al proyecto para clarificarlo*".

En el Senado el artículo no se modificó al ser rechazadas las tres únicas enmiendas que al respecto habían presentado el Grupo Parlamentario Mixto (GPMX) y el Popular. La enmienda nº 2 del GPMX insistía en que se debía incluir la posibilidad de modificar el plazo para hacer más operativa la Ley, y porque a veces resulta tan sustancial la ampliación del plazo, como la modificación de los intereses. Del Grupo Parlamentario Popular la nº 32, estaba encaminada a añadir tras la expresión "*subrogación*" la precisión "*de hipoteca*", y la 33, a adicionar un párrafo segundo, para eliminar el carácter aparentemente prohibitivo de la norma, del siguiente tenor: "*Sin perjuicio de que en otra posterior puedan modificarse tanto las condiciones del préstamo como las de garantía hipotecaria*". La posibilidad de modificar el plazo nos parece más que razonable y nos convencen a medias las palabras del Senador IGLESIAS MARCELO del Grupo Socialista, que justificaba su rechazo en sede de subrogación y su admisión en sede de novación modificativa por estimar preferible y deseable inducir a los actores de los negocios a que concierten novaciones por dos razones: posibilidad de que las entidades financieras mantengan su clientela evitando la huida de deudores, y menor coste para los deudores, al eliminarse la comisión por cancelación anticipada. Razón de coste muy importante, pero que no cabe generalizar pues hay préstamos en que tal comisión no se da (regla 1ª del artº 3). El que el artículo 4º dijera "*En la escritura de subrogación de hipoteca sólo se podrá pactar...*" no hubiera estado mal; el segundo párrafo que se intentó añadir, por el contrario, nos parece superfluo ya que consumada la subrogación no hay norma alguna que impida "*a posteriori*" nuevos pactos entre deudor y acreedor.

Volviendo al texto vigente, en la escritura de subrogación "*sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente*".

De acuerdo con la "*mens legislatoris*" expuesta por el Sr. MARTÍNEZ NOVAL:

- en los préstamos a interés fijo, la mejora equivale a reducción del interés pactado,

- en los préstamos a interés variable, la mejora del interés vigente puede obtenerse cambiando el tipo de interés de referencia -lógicamente siempre que sea más beneficioso para el deudor- o, manteniendo el referencial pero reduciendo el diferencial, es decir los puntos que hay que añadir para determinar el interés resultante.

Nos parece, sin embargo, que la expresión "*mejora de las condiciones del tipo de interés*" puede dar más de si. Por ejemplo: cambio de interés fijo o variable o a la inversa; mantener el tipo de interés y cambiar su fecha de vencimiento (de mensuales, a trimestrales, semestrales o anuales; en hostelería, cambio a los meses veraniegos o de temporada alta). ¿Cabrá incluir estos supuestos y otros que sin duda se nos quedan en el tintero en el marco de esta Ley? De seguro que para las Oficinas Liquidadoras el no será la respuesta habitual.

Tres precisiones para terminar:

1ª) La simple mejora en el tipo de interés de demora, no nos parece encajable en el ámbito del artº 4º, a pesar de su ambigua redacción (tanto ordinario como de demora).

2ª) Tampoco debe encajar la mejora del interés pactado inicialmente, siempre que suponga un aumento respecto del vigente. La disyuntiva "*o*" no puede permitir

esta interpretación, sino que debe entenderse referida a préstamos a plazo fijo, en cuyo caso será respecto del inicialmente pactado, o a préstamos a interés variable, en el que el interés mejorado debe ser el vigente.

3ª) En todo caso de interés mejorado se produce la inevitable consecuencia de modificación del T.A.E., lo que deberá hacerse constar en la escritura, y que no impedirá la aplicación de la nueva Ley, sino que, por el contrario, parece que se convierte en condición inexcusable para que se aplique.

5) **Constancia registral.**

Está regulada esta materia en el artº. 4º que desde el Borrador inicial solamente ha sido modificado (al admitirse en el Congreso la enmienda 57 del Grupo Socialista) en cuanto a la circunstancia 2ª de la nota marginal. En el Borrador se hablaba de "*el nuevo tipo de interés pactado*" y como mejora técnica la Ley se refiere a "*las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés*".

Ello no quiere decir que no se hubiesen presentado enmiendas. En el Congreso, además, de la ya citada y la nº 69 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU) a la que luego nos referiremos, se presentaron las nºs. 5 (Grupo Federal IU-IC) de supresión del inciso final (El Registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito); y las nºs. 42, 43 y 44 del Grupo Popular de supresión (por obvio y ser propio de una disposición reglamentaria), de sustitución ("... *por medio de nota marginal, en la forma que reglamentariamente se determine*") y de modificación (debiera decir "*Registro de la Propiedad*" por mera sensatez).

En el Senado se defendieron las enmiendas 4, 5 y 6 del Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) de modificación y que estaban encaminadas a sustituir la nota marginal por el asiento de inscripción (tanto por la razón práctica de ser insuficiente el espacio destinado a este fin en los libros del Registro a consecuencia de todas las circunstancias que se deban consignar, como por una razón de mejor técnica jurídica, por tener la subrogación sustantividad propia como negocio jurídico); y las nºs. 34 y 35 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), coincidentes con las presentadas en el Congreso.

El Sr. IGLESIAS MARCELO rechazó la sustitución de la nota marginal por la inscripción porque sí, por ser vos quien sois: "*En la plenitud de estas modificaciones no supone ninguna ventaja y, en algunos casos, parece que engendra algún tipo de confusión o ambigüedad, especialmente cuando los acreedores son varios. Nosotros creemos que una nota marginal cumple todos los requisitos necesarios para la debida garantía y, por tanto, en ese sentido vamos a mantener esa postura*".

Sea cual sea nuestra opinión, de conformidad con el artº. 5º de la Ley "*el hecho de la subrogación* (más técnico habría sido decir "el acto de la subrogación", como ponía de relieve la aludida enmienda 34 del GPP) *no surtirá efecto contra tercero, si no se hace constar en el registro (de la Propiedad) por medio de una nota marginal*".

Según el mismo precepto, en la nota marginal se expresarán las circunstancias siguientes:

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 copia de la escritura de donde se hubiere tomado.

De acuerdo con el inciso primero del párrafo 2º del propio artº. 5 "*Bastará para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor*".

La lectura de este apartado nos conduce a destacar:

- el que en él se indique que el Registrador practicará la "*inscripción de subrogación*", cuando en el primer párrafo se haya legislado que el asiento a practicar es una nota marginal. Más lógico hubiera sido decir "*bastará para que el Registrador extienda la nota marginal de subrogación...*". Pecado venial pues en sentido lato, latísimo, todo asiento que se practica en el Registro es de inscripción.

- la redundancia que supone exigir para practicar la anotación de la subrogación el cumplimiento de los dispuesto en el artículo 2; extremo sobre el que, sin duda, el Registrador podrá ejercitar sus facultades calificatorias.

- los peligros que entraña el poderse anotar la subrogación aun cuando no se haya realizado la notificación al primitivo acreedor. Es cierto que si no ha cobrado, por la causa que fuere, podrá acudir al juez competente ex-artº 2º, párrafo final, pero no lo es menos que habrá perdido la situación de privilegio que le concedía su hipoteca inscrita, toda vez que la subrogación ya habrá surtido sus plenos efectos.

Respecto de este extremo el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) presentó en el Congreso la enmienda nº 69 -que retirada en el Plenario- con la que pretendía reformar la redacción del Proyecto -que es la misma que recoge el transcrito inciso primero del párrafo 2º del artº. 5- exigiendo, como requisito previo para practicar la nota marginal de subrogación que "*se haya notificado notarialmente la subrogación al primitivo acreedor sin que éste se haya opuesto por causa legítima*" y justificando la enmienda en razones de seguridad jurídica (Desde una perspectiva de garantía para la seguridad jurídica resulta imprescindible la previa comunicación al acreedor de su sustitución como titular de derechos registrales). Ignoramos por qué razones se retiró la enmienda -en el Diario de Sesiones del 17 de Febrero de 1994, no se indican-, pero nos imaginamos que sería para facilitar la aplicación de la Ley, para facilitar la subrogación cuasi-automática en ella establecida y evitar que la oposición por causa legítima la obstaculizara. Una vez más el sacrificado ha sido el principio de seguridad jurídica.

Finaliza el artº. 5º con dos normas prohibitivas destinadas a los Registradores de la Propiedad:

1ª No serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. Hemos tenido ocasión de hablar del tema con algún que otro compañero Registrador y se nos ha hecho saber el profundo malestar con que esta prohibición ha sido recibida. Se considera que la misma es un atentado contra la esencia de su función y que puede ser un portillo abierto por donde sus facultades calificatorias se vean mermadas, con peligro, incluso, de desaparecer. Particularmente entiendo que la norma que examinamos no autoriza esa lectura y que el artº. 18 L.H. y las normas reglamentarias que lo desarrollan

han sido respetadas en su integridad. En la escritura de subrogación sólo se puede pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, las demás cláusulas del préstamo no se modifican. Las cláusulas de modificación del tipo de interés, así como el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artº. 2 y demás de la Ley, serán objeto de calificación en toda la extensión prevenida por el artº. 18 L.H. Lo demás no modificado y ya calificado al tiempo de practicarse la inscripción no tiene razón de ser que sea nuevamente calificado. Nos parece que el principio general "*nos bis in idem*" legitima, sin dañar, el apartado que acabamos de comentar.

2ª El Registrador tampoco podrá exigir la presentación del título de crédito; indudablemente, el título de crédito anterior que suele estar en poder del acreedor y que éste guarda con celo delirante en su poder, pensando que si no lo tiene ha perdido sus derechos. Si el primer acreedor no presta su colaboración a la subrogación, con mayor motivo no entregará su título. Si fuere necesaria su presentación no se inscribiría (¡mea culpa, mea culpa!) ninguna subrogación. Esta norma es congruente con lo dispuesto en el artículo 6º: si no se puede presentar el título de crédito, para despachar la ejecución bastará la presentación de la certificación del Registro que acredita la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Tampoco vemos, pues, razones para que este apartado pueda propiciar "*malos pensamientos*" por parte de los Registradores.

6) **Ejecución.**

El texto del artº. 6 en cuanto a su primer párrafo ha pasado del Borrador a la Ley sin notificación alguna, al ser rechazadas, tanto en el Congreso como en el Senado, las enmiendas de supresión y sustitución presentadas por el Grupo Popular (nºs. 45 y 46, y 37 y 38 respectivamente).

La única novedad en este artº. 6 ha sido la adición en el Senado de su actual párrafo 2º; adición más que superflua.

Para que la ejecución de la hipoteca pueda despacharse la entidad subrogada deberá presentar, en todo caso, la primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación y demás, alternativamente, o el título de crédito (revestido de los requisitos que exige la L.E.C. para despachar ejecución -artº. 1429-) o, si no pudiere hacerlo, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (de la hipoteca en su día inscrita a favor del primer acreedor).

La ejecución de la hipoteca, como es lógico, se ajustará a lo dispuesto en la L.E.C. (artºs. 1429 y ss.) y en la L.H. (artºs.129 y ss).

7) **Beneficios Fiscales.**

El artº. 7º que regula estos beneficios es idéntico al del Borrador y se ha mantenido así -salvo en cuanto a su rúbrica que era la de "*Régimen fiscal*" y que fue alterada al ser aceptada en el Senado una enmienda transaccional- al haber sido rechazadas en el Congreso la enmienda 47 del Grupo Popular (que pretendía la sustitución del texto por otro en el que se añadía un nuevo nº 18 al artº. 45.I.B. del R.D. Legislativo 1/1993, de 24 de Septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transacciones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) y en el Senado las enmiendas 39 y 40 del propio Grupo Parlamentario Popular (GPP) y la nº 56 del Grupo Parlamentario Catalán de

Convergència i Unió (GCIU). En esta última se establecía que a la exención del párrafo anterior "*será de aplicación lo que se establece en el apartado II, nº 11, del Acuerdo de Política Fiscal y Financiera, de 20 de Enero de 1992, sobre el sistema de financiación autonómica en el período 1992-1996*". El Sr. IGLESIAS MARCELO, en nombre del gobierno, consideró que "*esa inclusión es innecesaria, porque están en vigor y porque tienen la plenitud de sus consecuencias los acuerdos de política fiscal y financiera del 20 de Enero de 1992, cuyo apartado 2.11, que he leído detalladamente, describe, enumera con toda precisión los casos en que es de aplicación ese principio de compensación cuando hay disminución, bonificación, etcétera de impuestos cedidos*".

A destacar también el intento del Grupo Parlamentario Vasco PNV (enmienda 21 de las presentadas en el Congreso y 9 de las del Senado), apoyada por el Sr. FERNÁNDEZ DE TROCÓNIZ del Grupo Popular en el Congreso, de reducir con carácter general el gravamen del 0'5 por ciento al 0'1 pro ciento, en todo tipo de gravámenes en Actos Jurídicos Documentados. A este respecto el Sr. IGLESIAS MARCELO contestó que "*siendo deseable, necesita ser escrupulosamente estudiado*".

En el aprobado artº. 7 se declaran exentas las escrituras que documenten la operación de subrogación en la modalidad gradual (0'50%) de "*Actos Jurídicos Documentados*" sobre documentos notariales. Lógicamente esta exención sólo se reconocerá a las escrituras de subrogación formalizadas cumpliendo todos los requisitos de la nueva Ley, especialmente los de su artº. 4º (sólo mejora de las condiciones del tipo de interés).

Esta exención, así como la reconocida en el artº. 9 en materia de novación modificativa, ha sido incorporada al reciente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (R.D.Legislativo 1/1993, de 20 de Septiembre) en la Disposición Adicional Tercera de la nueva Ley y que examinaremos más adelante.

8) **Honorarios notariales y registrales.**

Tampoco ha sufrido modificación alguna el artº. 8º que regula los mentados honorarios. Su no modificación no significa, sin embargo, que no se hayan presentado enmiendas, sino que éstas fueron rechazadas.

En el Congreso el Grupo Popular presentó la enmienda 48 (de supresión, por ser el texto propuesto de contenido meramente reglamentario y estar contenidos los aranceles, no honorarios, notariales y registrales en los R.D. 1426 y 1427 de 1989, de 17 de Noviembre, respectivamente) y la enmienda 52 (de incorporación de una nueva Disposición Adicional en la que se establecía que el gobierno debía proceder a la modificación de los RR.DD. que se acaban de citar, para acomodar las cuantías de las bases de los aranceles a la misma que corresponda en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados).

También en el Congreso el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) firmó la enmienda nº 74, con la que se pretendía que los aranceles notariales se redujeran en un 25% respecto de la escala ordinaria para los documentos de cuantía y los registrales se bonificaran en cuantía similar respecto de los aplicables en la inscripción de las escrituras de préstamos hipotecarios.