

UNA CUESTIÓN EN MATERIA DE SUBROGACIONES (LEY 2/1994)

Una vez transcurridos cuatro meses desde la entrada en vigor de las reformas operadas por la ley 41/2007, quiero traer a colación una cuestión que, a mi juicio, no ha sufrido variación alguna, en lo sustancial, respecto de la legislación anterior pero que, por lo que he podido comprobar en las reuniones de Notarios y en algún artículo publicado, no es tan pacífica.

Me refiero a un aspecto muy concreto del artículo 2 de la ley 2/1994; se trata de saber si el plazo de quince días naturales desde la notificación notarial de la oferta debe respetarse siempre o si, en el caso de que la entidad acreedora titular de la hipoteca no entregase la certificación dentro los siete días naturales, cabe hacer la subrogación en un momento anterior, es decir, entre el octavo y el decimoquinto día a contar desde la notificación notarial.

La ley no es, ni en la versión actual ni en la versión originaria, un prodigio de técnica-jurídica, aunque en este punto creo que ofrece pistas suficientes; además confluyen aquí dos intereses dignos de protección, por un lado, el de todo deudor que desea mejorar las condiciones de su préstamo/crédito hipotecario y, por otro lado, el de la entidad financiera, legítimo titular de un derecho de crédito garantizado con hipoteca; si bien no debemos olvidar que el derecho del deudor a subrogar consagrado en el artículo 1211 del CC aparece como un derecho incondicionado y que es la ley 2/1994 la que establece límites y crea un derecho a enervar donde antes no lo había; agradezco en este punto la luz que me ha arrojado sobre este punto el compañero MARTÍNEZ DIE.

Volviendo a la cuestión que nos ocupa he de decir que alguno de los artículos publicados parece dar a entender que no cabe realizar la subrogación antes del transcurso de los quince días naturales de rigor (p.ej CAMPO GÜERRI pues, aunque configura la certificación como requisito "*sine qua non*" del derecho a enervar, sin embargo, parece que solo admite la escritura otorgada antes del plazo de quince días en el caso de renuncia al derecho a enervar); a la misma conclusión se llega si tenemos en cuenta algunos de los modelos de ACTAS DE NOTIFICACIÓN que circulan. En este sentido se pronuncia también algún compañero en conversaciones que he mantenido. Sorprendentemente, a mi juicio, de la nota remitida a los Notarios por la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado también parece desprenderse esta tesis cuando afirma "...sobre todo, se plantea la cuestión de aquella entidad que no expide certificación en siete días pero manifiesta su voluntad de enervar dentro de los quince días naturales, acompañando en ese acto la certificación no entregada en el plazo inicial".

Sin embargo creo que, en esta materia, la ley no ha introducido modificación alguna respecto de la regulación anterior y que su literalidad nos ofrece datos suficientes para llegar a la conclusión contraria, es decir, para poder afirmar que cabe autorizar la subrogación antes de los quince días si la entidad acreedora primitiva no entrega la certificación dentro del plazo de siete días naturales sobre el importe del débito del deudor.

El esquema del precepto actual es enteramente similar a la redacción originaria; solo hay dos matices:

1) Uno que lo que antes era el párrafo 2º del precepto se convierte en dos párrafos (2º y 3º); se justifica porque se ha añadido contenido (necesidad de subrogar todos los préstamos o créditos y notificación por conducto notarial);

2) Dos, que es el que realmente nos importa, lo que antes era el párrafo 3º ahora son también dos párrafos el 4º y el 5º; de hecho el párrafo 5º actual se inicia con la misma expresión (“en caso contrario, para que la subrogación surta efectos”) que el antiguo inciso segundo del párrafo 3º.

A mi juicio la letra del precepto, exige distinguir lo siguiente:

1) Primer supuesto: la entidad primitiva entrega la certificación dentro de plazo; caben dos posibilidades, recogidas respectivamente en los párrafos 4º y 5º de la ley:

i) que manifieste en el acta y dentro de los quince días naturales siguientes a la notificación notarial su disposición a formalizar con el deudor modificación que iguale o mejore la oferta, en cuyo caso, el proceso de subrogación se termina; aquí la nueva ley es muy clara y acaba de raíz con los problemas que, bajo la redacción anterior, dieron lugar a la sentencia del TS de 25 de noviembre de 2003, la cual, forzando la letra de la ley vigente en aquel momento, ya dijo que el derecho a enervar de la entidad primitiva no dependía de la conducta del deudor sino que debía entenderse en el sentido de que “se cumple por el acreedor con la comunicación fehaciente y vinculante realizada al deudor, dentro del plazo indicado de su voluntad de llevar a cabo dicha novación del préstamo en las mismas condiciones ofrecidas por la financiera que había pretendido subrogarse en su posición acreedora”. Tengo fundadas dudas sobre si la interpretación hecha por el TS de la legislación vigente en aquel momento era la mas correcta pero parece claro que al legislador le ha gustado la música y la ha plasmado legalmente por lo que ahora no hay dudas al respecto.

Por tanto, la ley se ha limitado a recoger esa doctrina del TS al tiempo que ha aprovechado el acta notarial para, por una parte, dar fijeza al *dies a quo* del plazo de quince días naturales de ejercicio del derecho a enervar y, por otro lado, regular la forma de ejercer la enervación mediante manifestación ante el mismo Notario autorizante del acta.

En este punto algún compañero ha planteado la posibilidad de que la enervación se produzca mediante manifestación ante otro Notario distinto al autorizante del acta; a mi juicio, sin embargo, y frente a las dudas que tuve en un primer momento, creo que la respuesta negativa es la mas segura; la clara redacción del precepto y la interpretación que se deriva de las Notas del Consejo cuando obliga a acudir al “exhorto notarial” en caso de incompetencia territorial parecen apuntar a que la contestación debe hacerse, en todo caso, en la misma acta inicial y, por tanto, ante el mismo Notario o el que legalmente le sustituya.

ii) que el primitivo acreedor no haga manifestación alguna en el acta en el plazo de quince días naturales, entonces, según el párrafo 5º, bastará que la entidad subrogada por el deudor declare en la escritura haber pagado la cantidad acreditada por la entidad acreedora primitiva. Obsérvese que dice la cantidad “acreditada”, es decir, la que consta en la certificación a la que se refieren los dos párrafos anteriores; el precepto esta presuponiendo que necesariamente la entidad primitiva ha acreditado una cantidad lo cual sólo puede hacerse, con arreglo al artº 2, a través de la certificación.

En este caso el Notario debe comprobar dos cosas:

- el resguardo de operación bancaria realizada con finalidad de pago (es decir, de la transferencia) que deberá incorporar a la escritura; según las Notas del Consejo el Notario deberá verificar que en la transferencia conste como beneficiaria la entidad de crédito, no el deudor, y que se destina al pago del préstamo con identificación del mismo;

- que no se ha producido la enervación, a cuyo efecto deberá pedir la copia del acta notarial para comprobar que no hay respuesta de la entidad primitiva.

Segundo supuesto: si la entidad primitiva no entrega la certificación en plazo y, por tanto, no ha comunicado la cantidad debida, en cuyo caso bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su posible error, y, tras manifestarlo, deposite la suma en poder del Notario autorizante (normalmente mediante un cheque). A esta hipótesis se equiparará, al menos a efectos de forma de pago, el caso en el que la entidad primitiva no admitiese el pago.

En este segundo supuesto, cuando no se ha entregado la certificación en plazo, no hay que esperar nada más porque al no certificar el derecho del primitivo acreedor decae. A mi juicio, esta interpretación es la que resulta de la letra de la ley y permite conciliar los intereses en juego, concediendo derecho a enervar sólo al acreedor que colabora en el procedimiento establecido. Además el párrafo 4º de la actual redacción deja bien claro que la entrega de la certificación se configura como *conditio iuris* del derecho a enervar; esta tesis es seguida también por CAMPO GÜERRI aunque después no saque de ello la lógica consecuencia de que se pueda otorgar la escritura. Igualmente la entrega de la certificación debe producirse dentro de plazo porque, de lo contrario, quedaría privado de todo sentido el establecimiento de un plazo. Lo mismo ocurre con la manifestación de la primitiva entidad sobre su disposición a igualar que debe realizarse en el plazo de quince días naturales desde la notificación; en ambos casos, son plazos preclusivos; cualquier otra interpretación hace inútil el procedimiento del artículo 2 de la ley.

Sin embargo, los problemas no acaban aquí porque la ley se ha olvidado de regular adecuadamente el supuesto en el que la primitiva entidad no certifica y, por ello, no hace alusión alguna al acta notarial de comunicación de la oferta. Además tampoco impide que la certificación pueda entregarse al Notario, con lo que la certificación puede entregarse al requirente ya directamente ya indirectamente (a través del Notario). Así lo reconocen las notas del Consejo General al respecto.

En este punto, algún compañero afirma que también se puede entregar la certificación al cliente, es decir, a la parte deudora; sin embargo a mi juicio, esta interpretación desborda el sentido de la ley. Observemos el párrafo 3º del artículo 2:

“La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique, por conducto notarial, a la entidad acreedora, su disposición a subrogarse, y le requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que haya de subrogarse.”

Analizado este apartado, desde el punto de vista sintáctico, llegamos a la conclusión de que quien notifica la disposición a subrogarse es la nueva entidad acreedora e igualmente es dicha entidad quien requiere la entrega de la certificación en plazo; la expresión legal “requiere para que le entregue” no ofrece dudas; si quitamos las elipsis la frase es clara: “la entidad oferente requiere a la entidad acreedora para que la entidad acreedora entregue a la entidad oferente la certificación en el plazo de...”. A mayor abundamiento la redacción posterior del objeto del requerimiento, cuando se alude, a que se entregue “certificación del importe del débito del deudor” viene a reforzar la tesis por mí patrocinada; con esa expresión el deudor se contempla como algo ajeno al procedimiento. A mi juicio, la aceptación del deudor es la espoleta que abre el procedimiento pero nada más, a partir de ahí el procedimiento sigue entre las entidades si bien una de ellas actúa por cuenta propia y por cuenta del cliente; la única peculiaridad viene dada porque hay un Notario que ha hecho una notificación, por lo que creo que debe admitirse la posibilidad de que la certificación se entregue en la

Notaría; en realidad, lo mas conveniente y seguro sería que la certificación se entregase a través del mismo Notario que practicó la notificación inicial porque ello dotaría de mayor seguridad al procedimiento de subrogación y, a tal fin debería buscarse un acuerdo entre entidades en este sentido; no parece lógico que un aspecto tan importante, como la entrega de la certificación (que determina la existencia o no del derecho a enervar y la forma de pago posterior) quede al albur de las manifestaciones que deban realizar los representantes de las entidades.

Algún autor (p.ej CAMPO GÜERRI) incluso interpreta la ley en el sentido de que la entrega de la certificación debe efectuarse a través de Notario siempre; sin embargo, la literalidad del precepto no permite desgraciadamente la imposición de tal obligación; las notas del Consejo General lo reconocen al decir “no resulta necesaria su entrega por conducto notarial (al mismo Notario que ha practicado el requerimiento) aunque podría ser conveniente cuando se tenga la intención de enervar...”..

En la regulación anterior en este punto no había variación alguna, salvo en lo que atañe a la intervención notarial; en donde si hay una modificación sustancial y, de ahí las confusiones, es en la forma de hacer valer la enervación; antes, para enervar la subrogación, había de formalizarse novación con el deudor, lo que, como hemos visto, fue interpretado por el TS, como comunicación fehaciente y vinculante al deudor de llevar a cabo la novación en las mismas (o mejores) condiciones. Ahora se da objetividad al procedimiento y dicha manifestación debe efectuarse en el acta notarial de la que es requirente la entidad oferente. Es decir, en este punto también desaparece la intervención del deudor, el cual sabrá de las vicisitudes de su subrogación a través del acta instada por la nueva entidad en la que ha depositado su confianza.

Así las cosas, cabría preguntarse qué debe hacer el Notario en estos supuestos, es decir, cuando se pretende hacer la subrogación antes del transcurso de quince días porque la entidad primitiva no ha certificado en plazo. Caben varias posibilidades:

- que el Notario autorizante de la subrogación exija sólo una manifestación genérica de la entidad dispuesta a subrogarse relativa a que no ha recibido la certificación en plazo; esta posibilidad no plantea problemas si el mismo Notario ha autorizado el acta previa porque habrá plena seguridad de que no ha habido certificación en plazo; ni consta en el acta la certificación ni la misma se ha entregado directamente entre entidades porque así se manifiesta; en este punto la lealtad entre entidades que debe presidir el procedimiento hace que esa manifestación tenga especial trascendencia.

En otro caso, es decir, si el Notario que autoriza la subrogación no es el mismo que el del acta, puede existir cierto riesgo por lo que cabría acudir a otras posibilidades.

- que el Notario autorizante de la subrogación exija, además de la manifestación de la entidad dispuesta a subrogarse, copia del acta para verificar que no se ha producido la entrega de la certificación; es la solución mas prudente.

En este caso el problema se traslada al Notario autorizante del acta; ¿puede expedir copia antes del transcurso de los quince días naturales desde la notificación? A mi juicio sí, a partir del octavo día y siempre que la entidad requirente manifieste –y se recoja en el acta- que no ha recibido la certificación; es más, aún no cumpliéndose estas condiciones probablemente también se pueda expedir la copia pero con las prevenciones previstas en el último párrafo del artículo 204 del Reglamento Notarial que considero plenamente aplicable por analogía. Lo que quiero significar con esto es que a partir del octavo día inclusive y con manifestación de la entidad requirente reflejada en el acta, la copia se puede expedir sin prevención alguna.

- una tercera posibilidad sería la de que el Notario exija a la entidad dispuesta a subrogarse una manifestación sobre que no ha recibido en plazo la certificación de la

otra entidad ni directamente ni tampoco indirectamente, es decir, a través del acta notarial, de lo cual se ha asegurado.

Se trata de que el riesgo sobre este extremo lo asuma la entidad subrogada que es al fin y al cabo, la mas interesada en llevar a buen término la subrogación tanto por si misma como por su cliente, por cuya cuenta actúa, a los efectos de la subrogación, a partir de la aceptación de la oferta.

Como se puede ver son muchas las dudas que suscita la ley; quizás fuese aconsejable algún tipo de acuerdo entre las entidades y el Consejo que sirviera para lograr cierta uniformidad en la práctica diaria; p.ej. sería una buena práctica bancaria que la certificación se entregase únicamente en la Notaría dando así seguridad al procedimiento.

En conclusión, por tanto, creo factible la subrogación antes del transcurso del plazo de quince días; ahora bien, dada las dudas y problemas que suscita la regulación legal aconsejo reducir esa posibilidad a aquellos supuestos excepcionales en los que la alternativa contraria (esperar los quince días) pueda causar mas perjuicios (p.ej. vencimiento de cuota). Por todo ello:

- lo mas prudente y conveniente es, como regla general, esperar los quince días para autorizar la subrogación y, del mismo modo, no cerrar el acta antes de los quince días a contar desde la notificación;
- excepcionalmente, si la primitiva entidad no certifica, cabe autorizar la subrogación a partir del octavo día con las prevenciones expresadas.