

IMPORTANTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SUBROGACIÓN Y NOVACIÓN

Una sentencia del Tribunal Supremo establece la primacía del derecho del acreedor primitivo a enervar la subrogación de otra entidad.

La sentencia del supremo ratifica la de la Audiencia Provincial de Zaragoza que declaraba nulas las escrituras de subrogación de un préstamo hipotecario, ordenando la cancelación de los asientos registrados, y dando un plazo a los deudores para firmar con el primer acreedor la correspondiente escritura de novación, apercibiendo de que de no hacerlo, quedarían subsistentes las condiciones de la hipoteca inicial.

El Supremo establece que la subrogación queda **automáticamente enervada** cuando el acreedor inicial comunica vinculante y fehacientemente dentro del plazo de quince días naturales, su disposición para novar la operación en las mismas condiciones ofrecidas por la entidad que pretende subrogarse en la posición acreedora.

Para desestimar el motivo del recurso que ha sido objeto de consideración, el Tribunal Supremo se basa en los términos de la Ley 2/1994, en la que se facilita al deudor la capacidad de iniciar un proceso de subrogación de otro acreedor, el cual alcanzará la finalidad pretendida si el prestamista originario no accede a novar las condiciones inicialmente pactadas sustituyéndolas por las mismas ofrecidas por la entidad que pretende subrogarse. Si existe tal oferta de novación, decae el derecho de subrogación.

Esta sentencia por tanto, niega expresamente el derecho del deudor a continuar el proceso de subrogación, declarando nulas las escrituras que pudieran otorgarse y las inscripciones registrales que se practicasen, estableciendo así indudablemente la prioridad del **derecho de novación sobre el de subrogación.**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SOBRE EL DERECHO DEL ACREEDOR PRIMITIVO A ENERVAR LA SUBROGACIÓN DE OTRA ENTIDAD FINANCIERA EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

**Sala 1ª del Tribunal Supremo.
Sentencia de 25 de Noviembre de 2003
Ponente: Sr. Romero Lorenzo**

Madrid, 25 Nov. 2003.

Visto por la Sala 1.ª del TS el presente recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Secc. 2.ª de la AP Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros, sobre acción declaratoria, cancelación de escrituras y reclamación de cantidad; cuyo recurso ha sido interpuesto por Banco Central Hispanoamericano S.A., representado por la Procuradora D.ª Victoria Brualla Gómez de la Torre; siendo parte recurrida Caja Rural del Jalón, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Guerrero Laverat.

(...)

Ha sido Ponente el Magistrado Sr. Romero Lorenzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Caja Rural del Jalón (Cajalón) formuló demanda contra Banco Central Hispanoamericano S.A., D. Juan María y D.ª Yolanda solicitando se declarase que había ejercitado, válida y eficazmente su derecho a enervar la subrogación pretendida por el mencionado Banco respecto a los créditos que la actora había concedido a los cónyuges codemandados en escrituras públicas de 25 Mar. y 7 Oct. 1993, así como la nulidad de las escrituras públicas otorgadas por el Banco Central y los esposos Juan María-Yolanda el 7 Mar. 1997 para formalizar dicha subrogación, ordenándose en consecuencia la cancelación de los asientos registrales a que estos últimos títulos hubiesen dado lugar.

El JPI desestimó la demanda, con imposición de costas a la entidad actora.

En fase de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente las pretensiones que había deducido «Cajalón» declarando la validez y eficacia de la pretensión manifestada por esta entidad de enervar la subrogación que habían realizado los demandados así como la ineficacia de las escrituras públicas otorgadas por los mismos a tal fin, concediendo a los cónyuges Juan María-Yolanda un plazo para formalizar con la actora la novación modificativa de los préstamos hipotecarios de 1993, bajo apercibimiento de que, en otro caso, quedarían subsistentes los mismos en sus términos originarios.

Banco Central Hispanoamericano ha interpuesto contra esta sentencia el presente recurso de casación, a través de tres motivos.

Segundo: En el primero de ellos, con fundamento en el núm. 4 del art. 1692 de la LEC, se denuncia la infracción del art. 2 de la L 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, argumentando que es finalidad de la misma favorecer al prestatario. Por ello, concede a éste la iniciativa de poner en marcha el procedimiento de subrogación y de continuarlo o detenerlo, sin que pueda ser obligado a actuar en contra de su voluntad, en tanto que al prestamista originario únicamente le ofrece la oportunidad de no perder a su cliente facilitándole una novación modificativa que, si es aceptada y llega a formalizarse, impediría la subrogación iniciada. El nuevo prestamista, por su parte, queda vinculado al prestatario por la oferta que al mismo ha realizado.

En conclusión, niega la entidad recurrente que los acreedores originarios tengan un verdadero derecho a bloquear las subrogaciones que han pretendido sus prestatarios, pues no poseen un derecho de tanteo, sino únicamente el de novar su préstamo, siempre que esa novación se formalice por haber consentido en la misma el deudor.

Al objeto de determinar si procede acoger la tesis del Banco recurrente han de ser tenidos en cuenta

los términos en que se encuentra redactada la L 2/1994.

En su art. 2, con expresa remisión al art. 1211 del CC se establece que el deudor puede subrogar en el préstamo hipotecario sin el consentimiento de la concedente, a otra entidad financiera cuando proceda en la forma que el párrafo primero del precepto indica.

A su vez, en el párrafo tercero se reconoce a la acreedora primitiva el derecho a enervar la subrogación, con la condición de que en un plazo máximo de quince días naturales formalice con el deudor novación modificativa del préstamo que con anterioridad le había concedido.

Luego se advierte que si realmente existiese este condicionamiento, tal como aparece configurado en el texto legal, podría llegar a desvirtuarse por completo el derecho que afirma reconocerse al acreedor originario, pues se haría depender ya de la voluntad del deudor, quien podría negarse a la formalización de la novación objetiva del préstamo, aunque la misma se plantease en idénticas condiciones a las propuestas por la entidad que ha presentado la oferta vinculante, ya, incluso, de cualquier eventualidad o accidente que pudiera llegar a impedir el otorgamiento de la escritura pública de novación dentro del preteritorio plazo que la ley señala.

En consecuencia, si la enervación de la subrogación anunciada constituye realmente un derecho —y así parece desprenderse de la frase «la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación...» que se utiliza en el art. 2— carece de sentido dejar abierta una puerta de tal magnitud a la libre decisión del deudor, de la que no se exige que sea motivada o justificada y que, por tanto, podría ser arbitraria, pese a que la finalidad de la norma se reduce solamente a permitir que los deudores de préstamos hipotecarios puedan beneficiarse de la reducción que han experimentado los tipos de interés con posterioridad al momento en que habían concertado dichas operaciones.

En tal contexto, no parece aventurado afirmar que si el primitivo acreedor iguala la mejora de contrato ofrecida por otra entidad la finalidad pretendida por el legislador ha sido plenamente lograda, lo que es confirmado por el hecho de que se concedan a la novación modificativa los mismos beneficios fiscales y arancelarios que se asignan a la subrogación hipotecaria (art. 9 de la L 2/1994; véase, también, el RD 2616/1996, de 20 Dic.). Resulta, asimismo expresiva la afirmación que se contiene en el último párrafo de la Exposición de Motivos de la L 2/1994, alusiva a que la novación modificativa del préstamo resultará muy beneficiosa para el deudor, por ser la que soportará menos gastos, y muy estimulante para el acreedor, al darle ocasión de no perder a su propio cliente.

A todo ello ha de añadirse que en el citado Preámbulo de la norma se califica a la subrogación no de derecho, sino de potestad atribuida al deudor, en el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida, con lo que posiblemente se pretende poner de manifiesto que lo que se concede al deudor no es un derecho subjetivo pleno sino un simple poder jurídico (también llamado derecho potestativo o facultad de configuración jurídica) que le faculta para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, sin que el ejercicio de tal poder haga recaer una verdadera obligación sobre el otro sujeto de la relación o situación mencionada.

En el caso que nos ocupa parece evidente que la L 2/1994 facilita al deudor el poder de iniciar un proceso de subrogación de otro acreedor, el cual alcanzará la finalidad pretendida si el prestamista originario no presta su colaboración, accediendo a novar las condiciones inicialmente pactadas sustituyéndolas por otras iguales a las ofrecidas por la entidad que pretende subrogarse. Si hay tal colaboración, la subrogación iniciada quedará enervada.

En atención a cuanto queda expuesto se hace preciso entender que la actuación que la ley impone al acreedor originario para el ejercicio de su derecho a enervar la subrogación que le ha sido anunciada, consistente en formalizar con el deudor, en el plazo máximo de quince días naturales, la novación modificativa igualatoria de la oferta de otra entidad, debe ser interpretada en el sentido de que se cumple por aquel 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.

Es ésta la solución que reclama la aplicación de una normativa que ha de considerarse excepcional respecto a las reglas generales sobre obligatoriedad de los contratos que se contienen en los arts. 1256, 1258 y 1091 del CC, lo que implica una interpretación de la L 2/1994 en la que fundamentalmente se tengan en cuenta —como ordena el art. 3 del CC— además de las palabras empleadas por el legislador, el espíritu y finalidad de la norma, que quizá no han sido recogidos con la necesaria precisión en su expresión literal.

Procede, por ello, desestimar el motivo del recurso que ha sido objeto de consideración.

Tercero: En el segundo motivo, con la misma cobertura procesal que el anterior, se denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala, según la cual el art. 6.3 del CC se limita a establecer un principio de gran generalidad que ha de ser interpretado con criterio flexible, pues no toda disconformidad con una ley cualquiera debe llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad que, precisamente, no ha previsto la L 2/1994. Se añade que, aparte de ello, la actuación del Banco recurrente no puede considerarse contraria a la moral o al orden público, por lo que de proceder algún efecto de la falta de respeto al mal llamado derecho de enervación el mismo podría consistir, a lo sumo, en la pérdida de los beneficios fiscales y arancelarios que concede la Ley citada, sometiendo a los prestatarios al mismo régimen que si hubieran utilizado la técnica del art. 1211 del CC para resolver sus relaciones con Cajalón.

El motivo ha de ser rechazado, pues la declaración de que Cajalón ejerció válida y eficazmente su derecho a enervar la subrogación pretendida por el Banco Central Hispano ha de llevar necesariamente consigo la nulidad e ineficacia de las escrituras otorgadas para realizar dicha subrogación, que ya carecen de objeto, así como la cancelación de los asientos registrales practicados con base en las mismas. Todo ello con independencia de que —como se desprende de la resolución impugnada— la actuación de la entidad recurrente no pueda ser considerada contraria a la moral o al orden público, resultando en cierta medida explicable por la imprecisión de una norma cuyo texto no se corresponde exactamente con la finalidad que pretende conseguir, como anteriormente se ha expuesto.

Cuarto: En el tercer motivo, con el mismo fundamento e invocando, además, el art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia la infracción del art. 38 de la CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, uno de cuyos principios es el de libertad de contratación, en virtud del cual nadie puede verse obligado a contratar con quien no quiere.

Se alude, concretamente, a que, según la sentencia impugnada, si los prestatarios no contratan con Cajalón, rompiendo sus relaciones con BCH han de pagar por sus préstamos hasta más allá del año 2000 tasas de interés del 11,75 o 12,25%, cuando en la actualidad las mismas oscilan entre un 4 y un 6% anual.

El motivo ha de ser asimismo rechazado. En primer lugar, porque la Audiencia no obliga a los esposos Juan María-Yolanda a contratar con la demandante, sino que se limita a ofrecerles la oportunidad para corregir el error que, según se dice en el fundamento tercero de la sentencia impugnada, llevó a los

mismos a no formalizar la novación modificativa que les proponía Cajalón, al creer que podrían optar libremente por una u otra entidad. En segundo término y fundamentalmente por que el pronunciamiento que se combate por el Banco Central Hispano no ha sido impugnado por los mencionados cónyuges, únicos a quienes el mandato judicial podría perjudicar, lo que se considera decisivo para la desestimación del motivo.

Quinto: A tenor de lo prevenido en el art. 1715.3 de la LEC procede condenar a la recurrente al pago de las costas causadas.

FALLAMOS

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Banco Central Hispanoamericano S.A., contra la S 12 Dic. 1997, dictada por la Secc. 2.ª de la

AP Zaragoza, conociendo en grado de apelación de los autos de juicio de menor cuantía núm. 83/1997 procedentes del JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros.

Se condena a la entidad recurrente al pago de las costas causadas.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—**Sr. García Varela.—Sr. Corbal Fernández.—Sr. Romero Lorenzo.**