



En la consulta formulada a esta Dirección General por el Consejo General del Notariado en relación al procedimiento de subrogación previsto en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, según la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.- Se ha recibido en esta Dirección General consulta presentada por el citado Consejo relativa a la nueva regulación del procedimiento de subrogación previsto en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, según la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre .

A dicha consulta se acompaña un escrito dirigido por una entidad financiera (ING direct) a dicho Consejo en el sentido de comunicarle las dudas que se suscitan acerca de la aplicación de la reforma del procedimiento de subrogación a los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre que, como es conocido, entró en vigor el día 9 de diciembre.

En concreto, la duda que se plantea es si *“dados los nuevos requisitos de este procedimiento de subrogación, es preciso que respecto de los ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007, se efectúe la notificación de la oferta por conducto notarial a la entidad prestamista o, si por el contrario, es suficiente la aportación al notario autorizante de la escritura de subrogación de la notificación efectuada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007.”*

A juicio de la entidad consultante, y con invocación del artículo 4.3 y Disposiciones Transitorias segunda y undécima del Código Civil, la respuesta ha de ser negativa, esto es, no resulta necesario reiniciar ese procedimiento, pues deben subsistir con plenos efectos



los actos ya consumados (notificación de la aceptación por el deudor de la oferta a la entidad acreedora), al amparo de la legislación modificada.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 309 y 313.3º del Reglamento Notarial esta Dirección General procede a resolver la citada consulta con base en los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4.3 del Código Civil y sus Disposiciones Transitorias segunda y undécima; 2 de la Ley 2/1994, de 23 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, tanto en su redacción previa como tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre; 10 y Disposición Adicional décima y Transitoria única de la Ley 41/2007.

Primero.- A los efectos de resolver adecuadamente la consulta planteada procede, en primer lugar, abordar determinados extremos formales de la misma, así como delimitar claramente el ámbito objetivo de las modificaciones a que se refiere la Ley 41/2007.

En primer lugar, el Consejo General del Notariado, entidad consultante, eleva consulta al amparo de lo dispuesto en el artículo 344 C) 8 del Reglamento Notarial, acompañando a dicha consulta un documento elaborado por una entidad financiera –ING direct-.

El citado Consejo entiende que la cuestión planteada por esa entidad financiera es de su interés en el sentido de que incide directamente en la práctica notarial, razón por la cual entiende que sería aconsejable que este Centro Directivo resuelva esa consulta. En suma, entiende el Consejo que existe materia de su competencia que funda que la misma duda que se le plantea a esa entidad financiera es de aplicación a los notarios en su quehacer diario y que, por tanto, debe resolverse por esta Dirección General.



Pues bien, esta Dirección General comparte el criterio de la entidad consultante en el sentido de que la materia sobre la que versa la consulta es de aquellas a las que se refiere el artículo 344 C) 8 y que, por tanto, el Consejo está plenamente capacitado para elevar la misma, siendo, en cierto sentido indiferente, que idéntica cuestión se le haya suscitado a la entidad financiera. Es más, como reconoce esta misma, tal duda se le ha planteado por diversos fedatarios públicos, de donde debe concluirse la plena licitud de la consulta en los términos planteados.

Asimismo, y antes de abordar su resolución, resulta trascendente acotar y delimitar el ámbito objetivo de la reforma producida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, pues resulta de interés para la resolución de esta consulta.

La Ley 41/2007 es una norma compleja en el sentido de que el objetivo declarado de la misma es la *“eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, ..., y la mejora de los instrumentos de financiación”* (párrafo final del apartado I del Expositivo de la Ley 41/2007).

Para alcanzar esos objetivos se aborda la modificación de diversas normas, como son las Leyes de 8 de febrero de 1946 –Ley Hipotecaria-; 16 de diciembre de 1954, de hipoteca mobiliaria y prensa sin desplazamiento; 2/1981, de 25 de marzo, de regulación de mercado hipotecario; 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito; 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; 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; 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados y determinadas Leyes en materia impositiva.

Además, y con independencia de esa pléyade de normas que se modifican, la Ley 41/2007, da nueva regulación a las comisiones que se pueden pactar en préstamos y créditos hipotecarios que se constituyan a partir de la entrada en vigor de la citada Ley (artículos 7 a 9), regulando, asimismo, autónomamente determinados productos como



sucede con la hipoteca inversa (disposición adicional primera de la Ley 41/2007) y el seguro de dependencia (disposición adicional segunda de esta norma).

Se puede concluir, en suma, que en una sola norma y por motivos de eficiencia legislativa se aborda una modificación global de notable intensidad en la regulación del mercado hipotecario, ya sea en su vertiente estrictamente financiera o más propiamente jurídica –por ejemplo, delimitación de qué cláusulas tienen carácter real y deben calificarse e inscribirse y cuáles sólo deben transcribirse y, por tanto, no calificarse por ser de carácter financiero, siempre que las cláusulas reales se hayan calificado positivamente (nueva redacción del artículo 12 de la Ley Hipotecaria)-.

Por ello, y retomando el objeto de la consulta, se hace preciso acotar el ámbito de la modificación respecto de los fedatarios públicos, pues sólo una parte muy concreta de esas modificaciones normativas les es de aplicación. Así, en concreto a los notarios, y al margen de las modificaciones operadas en las Leyes Hipotecaria en cuanto que confeccionan instrumentos públicos que pueden ser objeto de inscripción y de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, así como la regulación de la hipoteca inversa, la modificación esencial viene dada por las innovaciones legislativas introducidas en la Ley 2/1994 que se refieren a los artículos 2 (procedimiento de subrogación), 4 (contenido de la escritura de subrogación, de modificación de determinados préstamos hipotecarios y cuándo no se altera o pierde rango la hipoteca inscrita), 8 (honorarios notariales y registrales en escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación) y artículo 9 (beneficios fiscales), únicos preceptos modificados por la Ley 41/2007.

A los efectos de la presente consulta, por tanto:

Primero, se modifica el régimen de subrogación de los préstamos hipotecarios, otorgando un nuevo protagonismo a los notarios en el sentido de que se deberá efectuar por conducto notarial la notificación de la aceptación de la oferta efectuada por la entidad que se subroga (párrafo tercero del artículo 2 de la Ley 2/1994); del derecho a enervar la oferta mediante manifestación por la entidad prestamista ante el mismo notario que haya efectuado la notificación de dicha oferta de su voluntad de formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren tal oferta (párrafo



cuarto del artículo 2 de la Ley 2/1994) y a la verificación por el notario autorizante de la escritura de subrogación de la existencia del documento bancario acreditativo del pago a la entidad subrogada del importe del capital pendiente con finalidad solutoria e inexistencia de enervación (párrafo quinto del artículo 2 de la Ley 2/1994).

Segundo y último, se determina i) el contenido de la escritura pública de subrogación y, ii) a qué puede referirse una escritura de modificación de préstamos hipotecarios, siempre que la entidad prestamista sea una de las enumeradas en el artículo 1 de la Ley 2/1994.

Segundo.- Delimitado el objeto de las modificaciones más esenciales, respecto de la Ley 2/1994, procede abordar el objeto de la consulta, desde los criterios expuestos – mayor flexibilidad y transparencia en el mercado hipotecario-.

La entidad consultante lo que plantea, en la realidad, es la delimitación temporal de la aplicación de la norma a aquellos procedimientos de subrogación iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007. Más en concreto, la duda se plantea respecto de aquellos procedimientos subrogatorios en los que ya se hubiera efectuado por parte de la entidad que se subroga la comunicación a la entidad inicialmente prestamista de la aceptación de la oferta vinculante por el prestatario.

A los efectos de la resolución de la presente consulta debe partirse de las siguientes premisas:

- El primitivo párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 2/1994 tan sólo exigía que la aceptación de la oferta vinculante por el deudor de las condiciones financieras del nuevo préstamo se le notificara por la entidad oferente a la entidad prestamista. A partir de esa notificación se iniciaba el cómputo del plazo de siete días en el que, como máximo, al entidad financiera debía entregar certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario objeto de subrogación.



Ahora bien, ese párrafo no determinaba el medio de notificación (correo certificado con acuse de recibo, burofax, notario, etc).

- Una de las innovaciones de la reforma ha sido, precisamente, la de exigir que esa comunicación tenga la debida fehaciencia y se efectúe por conducto notarial, de modo que ante el mismo notario que efectúa tal notificación la entidad financiera inicialmente prestamista manifieste su voluntad de enervar la subrogación igualando o mejorando las condiciones ofrecidas por la entidad que se pretende subrogar (párrafos tercero y cuarto del artículo 2 de la Ley 2/1994).
- Igualmente, en la redacción primitiva del artículo 2 tan sólo se exigía del notario que autorizara la escritura de subrogación que recogiera en la misma la manifestación de la entidad subrogada de haber pagado al acreedor la cantidad acreditada por ésta y un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria.

En la redacción actual se exige, además, que en el mismo resguardo de la operación bancaria se *“haga una indicación expresa que se efectúa a tal efecto”*, impidiendo de ese modo que la cantidad entregada por la entidad que se subroga se aplicara por la entidad inicialmente acreedora a la amortización de cualquier otro préstamo o crédito que tuviera frente a su deudor. De ese modo, el notario debe desplegar la siguiente actividad: i) recoger en la escritura de subrogación la manifestación de la entidad de haber pagado a la acreedora la cantidad por ésta acreditada; ii) incorporar a la escritura el resguardo acreditativo de la operación bancaria efectuada y verificar que en dicho resguardo consta que esa operación se ha efectuado con la finalidad solutoria de liquidar el préstamo de cuya subrogación se trata, y iii) verificar que no se ha producido enervación, a cuyo fin la entidad subroada deberá presentar copia del acta notarial de notificación de la oferta de subrogación de que la que resulte que no se ha producido respuesta alguna con el efecto e enervar tal subrogación.

- Por último, en los dos párrafos finales del artículo 2 de la Ley 2/1994 se regula de modo idéntico a como se hacía con anterioridad, cómo se debe efectuar una



subrogación en la que la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago. La única novedad ha consistido en concretar el trámite de recurso que se pueda interponer frente al auto que dicte el Juez, indicando que se aplicará el de apelación de los incidentes (inciso final del párrafo final del artículo 2).

Pues bien, como adecuadamente manifiesta la entidad consultante el problema se plantea por la carencia de una disposición transitoria que expresamente resuelva la cuestión planteada, esto es, si es preciso reiniciar el procedimiento de subrogación para que se produzca la notificación de la aceptación por el deudor de la oferta vinculante por conducto notarial o si es innecesario la utilización de ese conducto siempre que se hubiera notificado por otro medio dicha aceptación, respecto de aquellos procedimientos de subrogación ya iniciados antes del día 9 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007.

En efecto, la Ley 41/2007 sólo cuenta con una Disposición Transitoria que no regula la cuestión controvertida; igualmente, y en el Cuerpo de la Ley 41/2007 se contiene lo que podría denominarse una delimitación temporal de su aplicación en su artículo 7, si bien que respecto de la materia a que se refiere el Capítulo IV de la Ley 41/2007, esto es, aplicación del nuevo régimen de comisiones en el que se especifica que sólo será aplicable a los créditos y préstamos hipotecarios formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007 siempre que reúnan alguno de los requisitos del citado artículo 7.

Sin embargo, y a pesar de la laguna de la Ley 41/2007, la misma debe ser integrada acudiendo a los criterios tradicionales (artículo 4.3 del Código Civil) en el sentido a que se refiere el mismo Texto Legal (Código Civil) en sus Disposiciones Transitorias.

Por ello, esta Dirección General es del mismo parecer que la entidad consultante, esto es, se debe acudir a las Disposiciones Transitorias segunda y undécima del Código Civil.

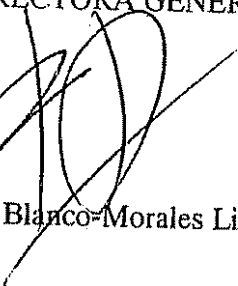
La primera permite la subsistencia con plenos efectos del acto consumado al amparo de la legislación que se modifica; de la segunda, y respecto de aquellas normas de



carácter procedimental, como sucede con el artículo 2 de la Ley 2/1994, se deriva el principio de que respecto de los procedimientos iniciados con anterioridad a la modificación normativa, los mismos han de concluir con arreglo a la regulación previa.

En suma, la consulta planteada debe resolverse en el sentido de que habiéndose efectuado la notificación de la aceptación por el deudor de la oferta vinculante a la entidad acreedora, al amparo de la legislación previa y respecto de los procedimientos ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007, no es preciso reiniciar ese procedimiento y acudir a la notificación de dicha aceptación por conducto notarial.

Madrid, a 8 de enero de 2008.

**DIRECTORA GENERAL**

E-06-01-08
Pilar Blanco-Morales Limones

ILMO. SR. PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO.