



A FONDO

Nueva situación en las ciencias jurídicas de la subrogación del crédito en el ámbito del nuevo auge económico- inmobiliario español en 2017

Alberto Antolí Méndez

Abogado, socio y Director Jurídico de los despachos bajo la marca BUFETE LEIVA

Doctorando de la UOLS, Universitat Oberta La Salle

Profesor Doctor José Daniel Barquero Cabrero

*Presidente del Consejo Superior Europeo de Doctores
Director General de la Fundación Eserp*



FICHA TÉCNICA

Resumen: Este artículo analiza profundamente y disecciona la figura de la subrogación, sus causas, su legislación, sus consecuencias tanto en el crédito como en el ámbito del actual auge económico en España, siendo una necesidad demandada no sólo por la sociedad sino por los estudiosos y los expertos. Para ello, se analiza su articulado y su ubicación en el ordenamiento jurídico español, la motivación histórica de esta figura jurídica, remontándose a sus orígenes y al análisis de su traspaso hasta el ordenamiento jurídico español, no suficientemente tratado en las ciencias jurídicas. Se analiza también la evolución que ha sufrido en España, hasta llegar al nuevo actual momento socio-económico. Finalmente, se analiza, el futuro más inmediato que esta figura jurídica tendrá para abastecer otras demandas socio-económicas que se puedan producir.

Palabras clave: Subrogación, acreedor, deudor, hipoteca, novación, cartera de créditos, tipos de interés.

Abstract: This paper deeply analyses and dissects the figure of the subrogation, its causes, its regulation, its consequences in both the credit and the scope of the current economic boom in Spain, being a need required not only by society but also by scholars and experts. To do this, we analyse its expression and location in the Spanish legal system, the historical motivation of this legal figure, and we go back to its origins and the analysis of its transfer to the Spanish legal system, not sufficiently dealt with in the legal sciences. We also analyse its evolution in Spain, until arriving to the new socio-economic present. Finally, we analyse the more immediate future that this legal figure will have to supply other socio-economic requirements that may occur.

Keywords: Subrogation, creditor, debtor, mortgage, novation, credit portfolio, types of interest.

SUMARIO

- I. HISTORIA Y TRASPASO AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL
- II. LA SUBROGACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
- III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA SUBROGACIÓN DESDE EL CÓDIGO CIVIL DE 1889
- IV. SITUACIÓN ACTUAL
- V. PERSPECTIVA DE EVOLUCIÓN FUTURA
- VI. CONCLUSIONES

I. HISTORIA Y TRASPASO AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El análisis e investigación del actual ejercicio en la práctica de la subrogación resulta imprescindible, pero también lo es entender su nacimiento, su traspaso al actual ordenamiento jurídico español y su evolución histórica adaptándose a las demandas de cada momento socio-económico: para analizar el presente se debe comprender previamente el pasado.

La génesis histórica de la subrogación, se encuentra en el ordenamiento jurídico romano, donde si bien sí existía el derecho de las obligaciones, en el caso de la subrogación del crédito, como transmisión del derecho de las obligaciones, no se admitía ni permitía; a pesar de ello, se usaron medidas indirectas como la *delegatio* o la *procuratio*.

En el derecho canónico se recogía y utilizaba el término *subrogatio* y el conocido *Digesto* de Justiniano (año 533) contemplaba, ya por aquél entonces, la hipótesis de un cambio de acreedor forzoso.

No obstante, el nacimiento de la subrogación propiamente dicha en derecho histórico se encuentra en la Francia del siglo XVI, haciéndose un uso especial de la misma y produciéndose su maduración en el siglo XVII, en la época del primer Rey Borbón de Francia, Enrique IV.

Es en esa etapa cuando se producen unos acontecimientos que marcarán la subrogación en el futuro: la aprobación del Edicto de Nantes, la Ordenanza de *Declaration du Ray Portant y*, a finales del siglo XVII, su especial *Arret de Reglement*, que ampliaba el ámbito de aplicación, de tal forma que la subrogación operaba al tomar el dinero prestado para el cumplimiento de cualquier tipo de renta.

Estos hitos históricos, junto con los requisitos formales que exigían, acabaron por convertirse en el artículo

1.250.2 del Código Napoleónico, de donde pasó, directamente, al Código Civil español, en el siglo XIX, año 1889.

II. LA SUBROGACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El artículo 1.210 del Código Civil establece cuándo se presume que hay subrogación en el ordenamiento jurídico español, para abordarse seguidamente en los artículos 1.211, 1.212 y 1.213.

De forma resumida, se presume que hay subrogación cuando un acreedor paga a otro acreedor preferente, o bien, un tercero —no interesado en la obligación— pague con aprobación expresa o tácita del deudor. También cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda, según la ley.

La subrogación puede ser total o parcial. En el caso de ser parcial, el artículo 1.213 del Código Civil establece que el acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial puede ejercitar su derecho por el resto, con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar en virtud del pago parcial del mismo crédito.

Dentro de la subrogación, se encuentra el especial caso del artículo 1.211 del Código Civil, que introduce la subrogación forzada o, en virtud de este precepto, legal, frente a la pactada o negociada entre las partes, al establecer que el deudor podrá llevar a cabo 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.

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA SUBROGACIÓN DESDE EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

A partir del citado artículo 1.211 del Código Civil español, se aprobó bajo el Gobierno del Presidente Felipe González, la Ley 2/1994, de 30 de noviembre, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos hipotecarios. Esta ley pretendía habilitar un mecanismo que desarrollara, de forma específica, la norma contenida en el citado artículo 1.211, en cuanto que se trata de la fórmula que permite repercutir el descenso de los tipos de interés en unos contratos específicos: los préstamos hipotecarios. Si bien ya existían ciertas normas que abordaban esta materia, lo hacían de forma indirecta, como la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984.

La aparición de la Ley 2/1994 se produjo en un momento histórico (año 1994), en el que el tipo de interés medio de los préstamos se encontraba en torno al 15 %,

por lo que de lo que se trataba era de salvar las dificultades con las que se encontraba la aplicación del artículo 1.211 del Código Civil a los supuestos concretos de préstamos hipotecarios, que estaban concertados por entidades financieras de las reguladas por la Ley del Mercado Hipotecario.

Para la consecución de los objetivos perseguidos por el legislador, la ley instrumentó, por un lado, el procedimiento detallado a seguir por los interesados en la subrogación, pues aunque ya existía, era difícil ejercitarla y, por otro, limitó la cantidad a recibir por parte de la entidad acreedora en concepto de comisión por amortización en los préstamos suscritos a tipo de interés variables. Además, introdujo una drástica reducción de los costes fiscales, notariales y registrales derivados de la operación.

La aparición de la Ley 2/1994 se produjo en un momento histórico, año 1994, en el que el tipo de interés medio de los préstamos se encontraba en torno al 15 %

El efecto inmediato de la aprobación de esta ley fue el inicio de una notable competencia entre las entidades de crédito para la obtención de clientes vía mejora de las condiciones del préstamo hipotecario que tenían suscritas. Es decir, se logró que el deudor consiguiera de su acreedor hipotecario una modificación sustancial del tipo de interés en beneficio propio, y se mejorara sensiblemente la situación deudora de los hipotecados.

Desde la aprobación de dicha ley hasta el inicio de la crisis inmobiliaria en el 2008, con la llamada, coloquialmente, «burbuja inmobiliaria», se disparó el número de préstamos hipotecarios y subrogaciones. Pero, al llegar la crisis económica, se produjo una disminución drástica del crédito a las familias y pequeños empresarios y, por ende, una importante caída en el número de operaciones inmobiliarias. Esta crisis continúa casi diez años después, en la actualidad, cuando el debate social al respecto de esta problemática se centra en las ejecuciones hipotecarias o daciones en pago.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras Normas del Sistema Hipotecario y Financiero (Ley del Mercado Hipotecario), produjo la modificación del régimen de la subrogación, la amortización anticipada y la modificación de préstamos y créditos hipotecarios.

Lo más destacable de esta nueva ley es que, hasta su aprobación, la comisión por cancelación en caso de que no mediara subrogación era del 1 % para todos los préstamos hipotecarios a interés variable; y la de subrogación, del 1 % o del 0,5 %, en función de si la operación original

había sido firmada antes o después del 27 de abril del 2003. Su aprobación vino a limitar, en determinados tipos de financiación, la compensación por desistimiento que puede cobrarse por amortización anticipada, total o parcial, ya sea por subrogación o no, en sustitución de las referidas comisiones.

Una de las novedades más significativas de la Ley 41/2007 ha sido el reconocimiento legal que lleva a cabo de la posibilidad de constituir hipotecas de máximo en garantía de una o más obligaciones, presentes y/o futuras, aunque no estén perfectamente identificadas.

Con esta ley, se da carta de naturaleza a la que venía siendo denominada como «hipoteca flotante», figura destacada porque, con su aceptación legal, se supera una interpretación histórica de los principios hipotecarios españoles, según la cual una hipoteca solo podía garantizar una obligación.

La aceptación legal posibilita que una única hipoteca garantice todas las obligaciones (incluso futuras) del cliente con la entidad financiera, y se simplifican y abaratan los costes inherentes a la necesidad de constituir hipotecas específicas en garantía de cada una de las obligaciones que puedan existir entre una determinada entidad financiera y uno de sus clientes.

IV. SITUACIÓN ACTUAL

En la actualidad, el número de subrogaciones de hipoteca y novaciones ha descendido de forma considerable.

En concreto, a la luz de los datos publicados por el INE y distintas fuentes oficiales, se comprueba que, en marzo del 2016, se produjeron 2.441 subrogaciones de hipoteca, en concepto de acreedor, lo que supone un descenso del 38,3 % en comparación con el mismo mes del 2015.

Desde comienzos del 2016 hasta noviembre del mismo año, los cambios de banco de hipotecas se han reducido un 30,8 %.

También el número de novaciones hipotecarias ha descendido: en marzo del 2016 se formalizaron un total de 8.637, lo que se tradujo en un 39,5 % interanual menos. Si la atención se pone en el primer trimestre del mismo año, este descenso fue de un 22,8 %, comparativamente. Sea como fuere, el tipo de interés sigue, y seguirá siendo, el principal motivo en los cambios de hipoteca.

El descenso del número de clientes que modifican las condiciones de su hipoteca con su entidad así como la reducción de cambios de entidad bancaria mediante la subrogación forzosa certifica la existencia de un escenario

actual en el que los hipotecados pueden afrontar el pago de sus préstamos sin necesidad de hacer cambios.

Otro indicador que se confirma, dado que a la luz de los datos publicados por el INE y distintas fuentes oficiales, se comprueba que, en marzo del 2016, se produjeron 2.441 subrogaciones de hipoteca, en concepto de acreedor, lo que supone un descenso del 38,3 % en comparación con el mismo mes del 2015, estando pendientes de las estadísticas comparativas del mismo periodo entre 2016 y el actual 2017.

El descenso del número de clientes que modifican las condiciones de su hipoteca certifica la existencia de un escenario en el que los hipotecados pueden afrontar el pago de sus préstamos sin necesidad de hacer cambios

Por otra parte, la actual situación de los mercados financieros y de sus operadores ha abierto camino a nuevas fórmulas de obtención de fondos o recursos por parte de las entidades financieras.

La misma crisis financiera ha necesitado una regulación legal desde el 2008, lo cual, unido al progresivo fenómeno de concentración de entidades financieras al que se ha asistido, ha originado la aparición de un mercado donde el objeto de transacción son las carteras de créditos (titularidad de bancos y cajas de ahorro), integradas por préstamos o líneas de financiación personales o con garantías reales, en situación de incumplimiento (*non performing loans*) o de previsible incumplimiento.

El efecto principal de la adquisición de la cartera de créditos es la subrogación en la totalidad de los derechos y obligaciones derivados de la posición contractual que anteriormente ostentaba el vendedor (entidad financiera).

En su relación con el deudor, el adquirente (nuevo acreedor) únicamente deberá notificar al deudor la cesión del crédito a fin de evitar que este formalice pagos liberatorios a su antiguo acreedor, dado que la cesión de créditos no requiere, como se ha visto, del consentimiento del deudor: hablando de subrogación total o cesión de contrato.

El objeto de la contratación es, inicialmente, muy simple: la cesión o venta no de un crédito concreto, sino

de un conjunto (cartera) de créditos, impagados o no por el deudor, ordinarios o con garantía hipotecaria, judiciaizados o no, por un precio determinado que suele ser muy inferior al importe de la deuda pendiente de pagar.

Los fondos de inversión que adquieren estas carteras, nacionales o internacionales y, en ocasiones, domiciliados en países o territorios que no destacan por exigir tipos impositivos muy elevados, no lo hacen con la simple intención de añadir a su patrimonio ese conjunto de créditos, sino para reclamarlos inmediatamente por el 100 % del importe de la deuda pendiente.

En la práctica se puede ver que las entidades bancarias no se dirigen directamente a sus clientes (morosos o no) y les ofrecen la compra o extinción de su crédito por ejemplo a un 4 o 7 %, como compensación al valor de la deuda, y en ejercicio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil ⁽¹⁾, lo cual podría originar una posible indefensión de los propios clientes.

Muchos de los clientes dispondrían del capital necesario para efectuar ese desembolso, en cuyo caso la entidad bancaria obtendría el líquido deseado y el cliente (ciudadano, consumidor) extinguiría su deuda.

Conforme al régimen general del Código Civil, esta cesión plena de la posición contractual del acreedor en un contrato de financiación requiere del consentimiento del correspondiente deudor, si bien es práctica habitual que, en la gran mayoría de los contratos bancarios celebrados con particulares y pequeñas empresas, los deudores autoricen al banco, en el momento de la firma, para ceder libremente su posición contractual, como sucede habitualmente en los préstamos hipotecarios.

Nos encontramos también, actualmente, con un nuevo auge inmobiliario en España, asociado también a las «migraciones» turísticas y de inversión extranjera, que están en este 2017 poniendo en ebullición a ciudades como Barcelona a la cabeza, Madrid y Sevilla, y muchos autores están avicinando un futuro nuevo boom inmobiliario, aunque ahora, las entidades bancarias, según los datos analizados y nuestras entrevistas con directores de todas las más importantes entidades financieras, hemos podido comprobar que están analizando con mayor rigor que en el pasado la concesión de financiación.

No obstante, este boom se concreta en la aparición de nuevos inversores, que no tienen su residencia en España, considerados fiscal y legalmente, como inversores no residentes en España.

(1) El artículo 1.255 del Código Civil establece que «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

Pues bien, a estos no residentes, las entidades bancarias les están concediendo entre un 50-60% de financiación en inversión inmobiliaria, así como bonificaciones en el sistema tributario español.

Entre dichas bonificaciones, la del 70% en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (ITP), así como de hasta el 95% si se vehiculizan como S.A. Socimi⁽²⁾ y que acaben cotizando en el mercado de valores.

Del mismo modo, otras medidas o normativas como la concesión de la nacionalidad española a los que acrediten un origen sefardí, está acercando a inversores de origen israelí, a la concesión de la Golden Visa⁽³⁾, por inversión inmobiliaria de mínimo 500.000€, que, junto con las anteriores medidas, ha incentivado en España la inversión inmobiliaria extranjera, y, con ello la firma de nuevos préstamos hipotecarios que en el futuro podrán ser novados o, subrogados.

V. PERSPECTIVA DE EVOLUCIÓN FUTURA

La visión futura de la figura jurídica objeto de este artículo debe partir de su situación actual, y esta es, que, en la práctica, no se utiliza la llamada «subrogación forzosa».

Si se analiza, de forma comparativa, se observa cómo, entre los años 2015 y 2016, se ha producido una elevada reducción del número de subrogaciones y apenas se están llevando a cabo novaciones, y para el 2017, la previsión es que sigan descendiendo, pues la mejora del sector inmobiliario y el descenso de la rigidez bancaria se están traduciendo en la concesión de un mayor número de hipotecas.

Por tanto, y aunque es posible que no ocurra, habrá que estar a la espera de que bajen los tipos de interés y retorne la necesidad de optar por mejorar las actuales condiciones del crédito y volver a estudiar la subrogación forzosa o negociar para alcanzar una mejora de las condiciones, como ya ha sucedido en España en un pasado reciente.

La situación socioeconómica actual ha conllevado la utilización de hipotecas flotantes y la venta de carteras de crédito, así como la emisión de certificados de transmisión de la hipoteca y otros, y todo ello provocará la aparición, en un futuro, de nuevas problemáticas, contingencias y situaciones de conflicto, además de futuras

resoluciones judiciales que, seguramente, implicarán la aparición de nuevas normas, la modificación de las existentes o nuevas interpretaciones de las mismas.

En este análisis tienen un innegable protagonismo, irremediamente, los llamados «fondos buitres», esto es, fondos cuya actividad consiste en comprar o invertir en deuda de una entidad que se considera de difícil o complicada recuperación o ejecución.

Cabe destacar que esta práctica, bastante habitual en nuestro país (sobre todo desde el inicio de la crisis económica), es completamente legal según la normativa vigente.

Ahora bien, en el futuro, incluso en el inmediato, hay que analizar si la obligación legal que tiene la entidad financiera de comunicar el importe de la cesión al deudor para que pueda adjudicársela por el precio de la cesión y la renuncia a ese derecho por parte del deudor hipotecario es atacable.

En la práctica, el gran interrogante que se plantea es por qué los deudores, que a la vez son consumidores, no ejercitan su derecho de retracto frente a la venta de sus créditos hipotecarios. ¿Se debe a la falta de información? ¿Tal vez al desconocimiento de la ley? ¿Quizá hayan firmado una renuncia?

Es, a partir de estos interrogantes, cuando surgirán los problemas e inquietudes, presentes y futuros.

En consecuencia, se deberá analizar este ámbito en el que se está produciendo un relevante fenómeno económico (y, por ello, jurídico), y que requerirá, sino una reforma legal, al menos una respuesta jurisdiccional que aporte claridad, puesto que la regulación legal no está exenta de imprecisiones o aparentes disfuncionalidades.

Al no informar al deudor, el banco podría estar actuando con posible o presunta mala fe, y de manera contraria al derecho, por lo que sería posible realizar una reclamación judicial contra el mismo para hacer valer dichos derechos, por ejemplo, que el deudor hipotecario, que es también consumidor (la jurisprudencia ya ha reconocido que en estos supuestos de contrataciones bancarias el cliente se considera consumidor), tiene derecho a que se le informe de manera fehaciente, clara y comprensible de las circunstancias de su crédito hipotecario.

(2) En España Socimi, acrónimo de Sociedad Cotizada Anónima de inversión en el Mercado Inmobiliario. Se conoce con el nombre de Real Estate Investment Trust a las sociedades de inversión que son dueñas de activos inmobiliarios y cuyos ingresos proceden fundamentalmente de los alquileres de los mismos.

(3) Golden Visa es un permiso de residencia en España emitido a personas físicas para atraer inversión extranjera y estimular su mercado inmobiliario. Se establecen sus requisitos en la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de 2013 modificada recientemente por la Ley 25/2015 de 28 de Julio, de Mecanismos de Segunda Oportunidad.

Ahora bien, para que todo esto no sucediera y la actuación de las entidades bancarias fuera acorde al Derecho, se debería informar adecuadamente al cliente-consumidor y, por supuesto, éste debe ser plenamente consciente de que se ha efectuado dicha notificación.

En la práctica, la entidad financiera no le notifica al deudor la compra del crédito porque previamente se le ha hecho renunciar a dicho derecho en propia la escritura del préstamo.

Esta forma de actuar se basa en una cláusula que debería ser considerada abusiva, y que no se ha negociado individualmente y si bien, para transmitir un crédito, no es necesario contar con la autorización del deudor, sí se le debe haber notificado.

De este modo, la renuncia que, en muchos casos, las entidades bancarias incluyen en los contratos con sus clientes respecto a la información, está limitando los derechos del consumidor, pues se trata de una cláusula abusiva según lo dispuesto en el apartado 14 de la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Tal como dispuso el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de julio del 2002, el deudor no puede sufrir, en ningún caso, limitaciones que mermen sus derechos, acciones y facultades contractuales.

Es importante insistir en que el deudor tiene derecho a que la entidad bancaria le notifique la cesión de su crédito y que su derecho de tanteo debe ser respetado en todo momento, ya que, en el caso de que el banco no cumpla dicha obligación, debería asumir los perjuicios que el cesionario pudiera sufrir como consecuencia de tal omisión.

El deudor tiene derecho a que la entidad bancaria le notifique la cesión de su crédito y su derecho de tanteo debe ser respetado en todo momento

Por todo lo expuesto, la inclusión de tal cláusula abusiva aceptando determinada forma de no información de sus derechos en los contratos bancarios es susceptible de ser demandada ante los tribunales, para solicitar su nulidad con base en todo lo explicado anteriormente, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores.

El artículo 6.1⁽⁴⁾ de la citada directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, lo que significa que el tribunal de justicia deberá considerar que debe restablecerse el equilibrio entre las partes, que se ha visto violado debido a la actuación de la entidad bancaria, y que deberá compensarse dicha situación mediante la intervención de un tercero ajeno a las partes, es decir, el juez.

De esa forma, de conseguirse la nulidad de la citada cláusula por vía judicial y retrotraerse los efectos a ese momento de protección del derecho de tanteo del consumidor en virtud de lo defendido por la Directiva 93/13/CEE, todo lo redactado y firmado con anterioridad quedaría sin efecto.

Se trata de proteger al consumidor y deudor hipotecario ante los denominados «fondos buitres», ya que estos son los únicos que se benefician de la cesión del crédito por parte del banco, lo que conlleva una importante desigualdad con respecto al deudor, quien no puede obtener el bien ejecutado al precio (muy inferior al real) al que se lo está comprando el fondo buitres al acreedor principal: la entidad financiera.

Actualmente, los bancos están comunicando las ventas de diferentes maneras, normalmente a través de notificaciones poco llamativas que no consiguen despertar el interés de respuesta del consumidor-deudor hipotecario; además, debido a que en ocasiones son cartas que no son inteligibles por todos, también cabe la posibilidad de que el deudor no haya sido debidamente informado por lo que adoptará una actitud totalmente pasiva.

En consecuencia, el deudor seguiría conservando ese derecho, pues, en realidad, el fondo comprador no ha reclamado la deuda adecuadamente.

Es de esperar que, si acudimos a la vía judicial para ejercer el retracto, los jueces no serán ajenos a esta realidad en el caso de que los bancos alegasen haber efectuado la pertinente notificación. Por tanto, se podría hablar de un número considerable de créditos y préstamos cuyos deudores hipotecarios son susceptibles de accionar judicialmente en aras de la defensa de sus legítimos derechos.

El problema de un activo que se ha depreciado es que alguien tiene que asumir esa pérdida. En el caso del mercado hipotecario, cuando una vivienda se deprecia, lo normal es que el deterioro recaiga sobre el propietario de la vivienda y de la deuda.

(4) «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

Si se cumplen los pronósticos de depreciación de la vivienda, según la Agencia de Calificación y la nueva normativa ahuyenta el dinero, sería una noticia nefasta tanto para los deudores hipotecarios como para los bancos, ya que, si no hay fondos que compren esos activos con descuentos, los deudores hipotecarios no podrán beneficiarse de dicho ahorro y los bancos, por su parte, tendrían más complicado reducir su cartera de activos en mora o de dudoso cobro, lo que supone, sin duda, un lastre para sus balances.

Por ello, las entidades financieras están haciendo importantes esfuerzos para deshacerse de este tipo de activos, ya que tienen que cubrirlos con capital y, además, encarecen el coste de su financiación. Precisamente, los bancos que menos han avanzado en esta venta de su cartera inmobiliaria dudosa son los que se encuentran actualmente en una posición más débil, lo que reduce su capacidad de concesión de crédito.

Todo lo anterior, crea un caldo de cultivo, proclive, junto a la proliferación de nuevos inversores extranjeros, impuestos bonificados en el 70% (Impuesto de Transmisiones Patrimoniales pero condicionados a la venta del bien inmueble antes de los 5 años), así como al previsible aumento de los intereses futuros, a que la subrogación, en el futuro, vuelva a tener un papel determinante, que dé respuestas a nuevas demandas socio-económicas que ahora sólo podemos valorar desde un punto de vista hipotético.

VI. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico debe ser siempre y, de hecho, trata de serlo, un reflejo fiel de la realidad socio-económica y a medida que evoluciona, se adapta a los nuevos escenarios que se producen.

Aunque se produzcan nuevos escenarios, lo que es principal es que el tipo de interés ha sido, es y seguirá siendo, el principal motivo en los cambios de hipoteca.

A la vista de lo razonado en los apartados anteriores, parece seguro que cuando los tipos de interés desciendan, volverá a aumentar el número de subrogaciones forzosas o convencionales, que siempre han conllevado la mejora de la situación del deudor hipotecado y de los bancos a la hora atraer nuevos clientes.

Por otro lado, con el objetivo de mejorar la situación de los deudores y consumidores finales, es previsible que se origine un movimiento que plantee una modificación legislativa con el fin de aclarar el procedimiento de información y de aplicación del derecho de tanteo en caso de

venta. Es decir, un movimiento parecido al que se produjo en 1994 en relación a la subrogación forzosa con motivo del derecho existente en el artículo 1.211 del Código Civil y la reducción de los gastos de dicha subrogación, lo que ocasionaba que no se ejercitaran, por tal motivo, más subrogaciones.

Este movimiento futuro, y en virtud de lo establecido en el artículo 1.535 del Código Civil, se originará con el nacimiento de una ley que regule las formas de comunicación y notificación de las ventas y del ejercicio del derecho de tanteo, lo que contribuirá a fomentar que dicha información se transmita a los consumidores finales de forma clara y generalizada, y que se eliminen de raíz las cláusulas abusivas de renuncia a dicha notificación en el momento en que se firmen las hipotecas para aceptar la venta.

Del mismo modo, no tenemos la menor duda de que, dentro de muy poco tiempo, inclusive en este mismo año (2017), el Gobierno español reformulará la Ley Hipotecaria para evitar que haya cláusulas abusivas y la alta conflictividad desatada por condiciones contractuales declaradas nulas, por opacas, en los tribunales, de las que su máximo exponente, en la actualidad, son las cláusulas suelo o los gastos hipotecarios.

Dicha reformulación deberá perseguir incrementar la transparencia, prevenir dudas o confusiones y que el consumidor, es decir, el deudor hipotecario, sepa perfectamente qué contrata, y más aún, no solo que tenga conocimiento en cuanto a la forma, sino también respecto del fondo del contrato.

Nuestra previsión, de hecho, es que el Gobierno español se verá abocado a tener que llevar a cabo estos cambios por la necesidad o exigencia de que se produzca la transposición de una directiva europea para que se ponga mayor atención a estos casos y se dote de la debida importancia al nivel de transparencia, tanto en el proceso previo a la firma de la hipoteca como en el propio contrato, y, de este modo, resolver y clarificar de forma nítida una situación que en la actualidad resulta muy singular.

Precisamente, en los últimos tiempos estamos siendo testigos de esta singularidad en España, en especial respecto de las cláusulas suelo. Al respecto, en su Sentencia 705/2015, del 23 de diciembre del 2015, posteriormente avalada por la Corte de Luxemburgo, el Tribunal Supremo⁽⁵⁾ falló contra el BBVA, generando una hemorragia de reclamaciones por cláusulas suelo y gastos, y con base en lo establecido en el artículo 89.3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)⁽⁶⁾, que en su contenido

(5) En la Sentencia del 23 de diciembre del 2015, la Sala Primera del Tribunal Supremo desestimó los recursos de infracción procesal y de casación interpuestos por el BBVA y el Banco Popular Español contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de

califica de forma expresa lo que se entiende como «cláusulas abusivas».

En estos casos, las resoluciones a dichas reclamaciones han determinado que estas entidades bancarias erraron en la comercialización y el cliente-deudor hipotecario desconocía a qué se arriesgaba (o qué riesgos asumía) en el caso de que el euríbor —tal como posteriormente ocurrió— cayese en picado; es decir, que son cláusulas abusivas por ser opacas o nada claras.

Además, los topes hipotecarios no han sido los únicos criterios que han declarado nulos los jueces. Existen resoluciones recientes que ha determinado una cancelación

de la hipoteca con la simple entrega de la vivienda, utilizando como argumento que la exigencia de responsabilidad personal o la obligación de devolver el resto de la deuda no cubierto con la dación en pago es nula, al no haberse negociado con el cliente, sino que venía impuesta por el banco en dicho contrato.

Del mismo modo, en la actualidad, el índice hipotecario Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH), así como los gastos notariales y registrales son, por distintas razones, otros elementos o cuestiones hipotecarias que, vía demanda judicial, están llegando en altos índices a los juzgados.

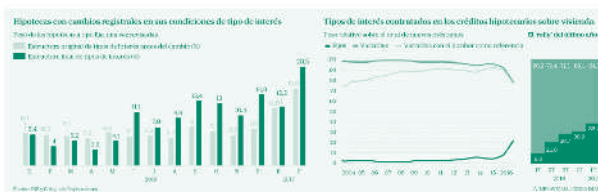
Madrid de 26 de julio del 2013. Dicho procedimiento fue iniciado por una acción colectiva interpuesta por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) en la que se solicitaba la nulidad de múltiples cláusulas en diversos contratos bancarios firmados con el BBVA y el Banco Popular. La Sentencia apreciaba la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado inserta en los préstamos hipotecarios del BBVA, que facultaban a la entidad para exigir anticipadamente la devolución de la totalidad del préstamo por la falta de pago de una parte de cualquiera de las cuotas. La Sala mantuvo que la validez general de las cláusulas de vencimiento anticipado no excluye la posibilidad de que sean consideradas abusivas, y, consecuentemente, nulas, atendiendo a las circunstancias de cada caso, en la forma explicada por el TJUE en la Sentencia de 14 de marzo del 2013 (asunto Aziz). La cláusula establecida por el BBVA no superaba los estándares exigibles, ya que no modulaba la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, no permitía al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación y posibilita la resolución del préstamo por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial. En cuanto a los efectos de la nulidad de la cláusula, la Sentencia establecía que no siempre conllevará el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria. Asimismo, la tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones que tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, por derivación, a la adquisición de la vivienda. El mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir la interpretación de la cláusula del vencimiento anticipado revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva al procedimiento declarativo para obtener la resolución del préstamo, con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista. Si la nulidad del vencimiento anticipado conllevara el cierre del proceso ejecutivo incluso en los supuestos en que la gravedad del incumplimiento justificara el ejercicio de la acción hipotecaria, se privaría al deudor de las especiales ventajas que contiene este tipo de procedimiento, como la fijación de un límite de tasación para la subasta (75% del total de la tasación del préstamo), las posibilidades de liberar la vivienda, la facultad de rehabilitar el contrato o la liberación de responsabilidad para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el precio obtenido en la subasta fuera insuficiente para pagar la deuda. Por otro lado, la nulidad de la cláusula sí puede producir el sobreseimiento de la ejecución si se dan las condiciones mínimas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (el impago de tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente) y el tribunal valora, además, en el caso concreto, que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado no está justificado en función de los criterios fijados por el TJUE: carácter esencial y no secundario de la obligación incumplida, importe impagado en relación con la cuantía y duración del préstamo, y que el consumidor haya tenido la posibilidad real de evitar la consecuencia del vencimiento anticipado. Asimismo, la resolución también establece como nulas las cláusulas que imponen al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato (la intervención notarial y registral, y el pago de los tributos en los que el sujeto pasivo es el banco). Otras cláusulas consideradas nulas son las que imponen al consumidor el pago de los gastos preprocesales, procesales o de honorarios de abogado y procurador contratados por la entidad prestamista, en casos de incumplimiento de su obligación de pago; las que impiden al prestatario variar el destino del inmueble sin la autorización expresa del banco; y las que equiparan la aceptación por el cliente de una oferta telefónica a su firma manuscrita y a la asunción de las condiciones particulares del contrato.

- (6) El artículo 89 del texto refundido de la LGDCU establece: «Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: 1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. 2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables. 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación). b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación. c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los

Al mirar hacia el futuro —a corto, medio y largo plazo—, queremos tomar como índice de referencia de la publicación periódica *Estadística Registral Inmobiliaria* del primer trimestre del 2017 del Colegio de Registradores de España ⁽⁷⁾, donde se destaca que las hipotecas a tipo fijo están aumentando, hasta el punto de que, en la actualidad, suponen cuatro de cada diez nuevos créditos para comprar viviendas, es decir, el 40 %, que, de seguir así, antes de acabar el año habrá llegado al 50 %, o, incluso superará tal porcentaje.

La misma publicación señalaba que la contratación de préstamos hipotecarios a tipo de interés fijo continuó la intensa subida de trimestres anteriores, hasta alcanzar el 38,7 % del total de los nuevos contratos, frente al 31 % del trimestre anterior, lo que supone un nuevo máximo de la serie histórica. Estos datos dejan los índices variables en su cifra más baja, en especial, al euríbor, que fue la referencia seguida en el 60,3 % del total de los créditos.

Por su parte, el porcentaje medio de los tipos de interés iniciales de los nuevos créditos ha descendido ligeramente, pasando del 2,4 % del último trimestre del 2016 al 2,3 % del primer trimestre del 2017.



Fuente: Calavia, M. «¿Por qué aumentan las hipotecas a tipo fijo frente a las variables?», [en línea]. Disponible en http://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/05/18/midiner/1495110435_112047.html [19 de mayo del 2017].

Desde nuestro punto de vista, estos datos reflejan el inicio de un nuevo auge del uso práctico de la subrogación forzosa en los créditos hipotecarios, abonado por el esce-

nario económico actual, en el que las adquisiciones de bienes inmuebles han vuelto a niveles que no se registraban desde hacía diez años, lo cual provoca, inexorablemente, que aflore nueva contratación de créditos hipotecarios, y ante estos, un nuevo indicador analizado anteriormente: la contratación de tipos fijos o variables.

Pues bien, si se tiene en cuenta que el euríbor era el índice al que se referían la mayoría de los hipotecados, y que ha marcado ya un nuevo mínimo, es previsible que estos niveles no se mantengan durante mucho tiempo y sí que vuelvan a subir y a nivelarse.

Tal como he analizado y comentado anteriormente, parece que este índice de referencia ya ha tocado suelo, y será difícil volver a verlo por debajo del 0,110 % registrado en marzo del año en curso (2017). De hecho, la mayoría de los hipotecados y futuros hipotecados son conscientes de que a este indicador le queda poco recorrido a la baja y que comenzará a subir cuando el Banco Central Europeo (BCE) retire las medidas expansivas y comience a normalizar los tipos de interés.

Para entonces, los hipotecados verán cómo su cuota hipotecaria comenzará a subir, a pesar de que tales incrementos sean leves o evolucionen al alza despacio. En cambio, los futuros hipotecados —tal como ya está pasando, según lo analizado en las distintas fuentes documentales citadas y como es fácilmente comprobable en las estadísticas oficiales— podrían optar por una hipoteca a tipo fijo, tal como han hecho muchos de los que se han hipotecado recientemente.

Así las cosas, nuestro consejo es que quienes estén planteándose qué tipo de préstamo hipotecario contratar (a tipo fijo o a tipo variable) se den prisa a la hora de tomar la decisión, sobre todo si se decantan por las de tipo fijo, ya que preveo que, tal como ha sucedido en otros países o en el pasado español más reciente (en el que los tipos oscilaban entre el 6 y el 7 %), este tipo de hipotecas se encarecerán (de hecho, ya están comenzando a hacerlo), por lo que puede ser la última oportunidad de firmar una hipoteca a un tipo fijo por debajo del 2 % para un plazo corto, o por inferior al 3-4 %, para un plazo más largo.

que el sujeto pasivo es el empresario. d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad. 4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. 5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados en la debida claridad o separación. 6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación. 7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. 8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato».

(7) Fuente: Registradores de España. Estadística Registral Inmobiliaria (ERI) [en línea]. Disponible en <http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/estadisticas-de-propiedad/estadistica-registral-inmobiliaria/>.

Ante este caldo de cultivo, y aunque dependerá finalmente del entorno económico y los datos macroeconómicos que maneje el BCE, nuestra previsión a corto plazo es que el euríbor empiece a registrar subidas a partir del 2018, hecho que afectará a dos grupos de deudores hipotecarios: los que suscribieron hipotecas a tipo fijo y los que las suscribieron a tipo variable durante (o tras) el 2013, ya que quienes firmaron ese año, en el que el euríbor bajó del 1 % pero los diferenciales de las hipotecas estaban más altos que nunca —próximos al 2 %—, nunca han pagado una cuota hipotecaria con un interés superior al 4-5 % (frente a los tipos del 7, 8 y hasta 9 % que se llegaban a firmar hace veinte años).

Este grupo de personas es, precisamente, el que podrá utilizar la subrogación como herramienta que dé respuesta o gradúe su cambio sustancial en su condición de deudores hipotecarios, toda vez que, ante el importante cambio que sufrirían, podrían plantearse conseguir reducir el tipo de interés de su hipoteca. Para ello, podrían intentar una novación en su préstamo para pasar a un tipo fijo y, si su entidad bancaria no aceptase tal cambio, valorar una subrogación de entidad para cambiar el tipo variable por uno fijo, si bien esta opción no es aconsejable —dado su elevado coste— para aquellos a quienes les queden pocos años de hipoteca, ya que el impacto de la subida de tipos será mínimo y no les compensaría.

En una visión medio o a largo plazo, estimamos que seremos testigos de cómo quienes pactaron un tipo fijo

a niveles altos (de hasta el 9 % citado anteriormente) o las que lo hayan contratado al actual 3-4 % podrían sentirse atraídas por la posibilidad de renegociar el porcentaje de su tipo de interés, las condiciones de plazo o la clase de su tipo de interés. Es decir, que quienes tengan una hipoteca a un tipo fijo alto posiblemente negocien el cambio a otro variable y, por el contrario, quienes hayan contratado recientemente préstamos hipotecarios a tipo variable reducido —que se verá incrementado paulatinamente— busquen un cambio a fijo negociando con su entidad bancaria. De este modo, en caso de no lograr un acuerdo, todos ellos, unos y otros, seguramente intenten dar uso a la figura de la subrogación.

Por todo ello, este producto bancario volverá a ser especialmente atractivo, tal como lo fue en distintos momentos históricos, impulsado por nueva «explosión» inmobiliaria que ha dado lugar a la contratación de nuevos créditos hipotecarios, la evolución descrita de los tipos de interés, las nuevas resoluciones judiciales que se dicten en aras de defender los derechos del consumidor y las modificaciones legales previsibles.

A su vez, en este escenario, se producirán nuevas situaciones de negociación entre prestamistas y prestatarios que, previsiblemente, estabilizarán la situación de indefensión del consumidor descrita y contribuirán a que estos últimos puedan mejorar, una vez más, su situación deudora y sus condiciones contractuales, gracias a la figura jurídica de la subrogación del crédito.