

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

SUBROGACIÓN POR PAGO.—LA OPERACIÓN PROYECTADA POR DETERMINADA ENTIDAD PARA SITUARSE EN LUGAR DEL BANCO HIPOTECARIO, NI PUEDE CALIFICARSE DE SUBROGACIÓN LEGAL DADA LA CONDICIÓN SINGULAR Y PRIVILEGIADA DE DICHO BANCO CONFIGURADA EN LA LEY DE 2 DE DICIEMBRE DE 1872 Y EN SUS ESTATUTOS, NI DE SUBROGACIÓN CONVENCIONAL, POR CONSTAR HECHO EL PAGO AL REPETIDO BANCO CON ANTERIORIDAD AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO AL EFECTO Y NO CUMPLIRSE, ADEMÁS, LOS REQUISITOS PREVENIDOS EN EL ARTÍCULO 1.211 DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 7 de diciembre de 1950 (B. O. de 27 de enero de 1951.)

Por escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Alicio Caravaca y López, en sustitución de su compañero don Cándido Casanueva, el 17 de diciembre de 1920, el Banco Hipotecario de España concedió a la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, de Bilbao, un préstamo de tres millones de pesetas de principal, intereses al 5,25 por 100 anual, más 0,60 por 100 de comisión, y plazo de amortización de cincuenta años, con hipoteca sobre el edificio del Hotel Carlton; en la plaza Elíptica de la villa de Bilbao. Según liquidación de reembolso anticipado de 6 de septiembre de 1943 del referido Banco, el importe adeudado en dicha fecha ascendió a pesetas 2.537.741,20. En 6 de septiembre y 23 de diciembre de 1943,

el Banco de Vizcaya remitió al Banco Hipotecario de España la cantidad de 2.541.547,81 pesetas por orden de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao y cuenta de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, para satisfacer el crédito que el Banco concedió a dicha Sociedad Anónima en 17 de diciembre de 1920, según certificación del Secretario del Banco de Vizcaya, de 11 de febrero de 1944. Por otra escritura, otorgada ante el Notario de Bilbao don Arturo Ventura y Solá el 10 de febrero de 1944, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, cumplimentando el acuerdo adoptado por su Junta de Gobierno el 4 del mismo mes, concertó con la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton un préstamo que produciría la subrogación de dicha Caja de Ahorros en los derechos, obligaciones e hipotecas derivados de la escritura de préstamo con hipoteca de 17 de diciembre de 1920 antes citada, comprometiéndose el prestatario a otorgar los documentos que fueren necesarios. El capital de este préstamo de pesetas 2.541.547,81, que se confesaron recibidas, fué destinado exclusivamente a la amortización del saldo del préstamo a favor del Banco Hipotecario de España, por lo que quedó subrogada la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao en los derechos e hipotecas del expresa- do Banco Hipotecario. Se estipuló continuarán en vigor las cláusulas y condiciones del préstamo del Banco Hipotecario que no fueran privativas de éste, si bien el interés se redujo al 4,50 por 100 anual y el plazo de amortización a veinticinco años, a contar desde el día 1 de enero de 1944, así como se aceptaron otras estipulaciones no comprendidas en la ya citada escritura de 17 de diciembre de 1920. Ambos otorgantes hacen constar formalmente su propósito de notificar el contenido y objeto de esta escritura al Banco Hipotecario de España, exhortándole, de conformidad con los artículos 1.211 y 1.212 del Código civil, a otorgar carta de pago de la totalidad del préstamo como derecho personal, cancelando el derecho real de hipoteca solamente en cuanto a la diferencia del capital originario de 3.000.000 de pesetas y los 2.541.547,81 pesetas a que se contrae el préstamo contenido en este documento, subsistiendo por tanto, la hipoteca, en que quedará subrogada la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, por los 2.541.547,81 pesetas, sus intereses de tres anualidades y 300.000 como crédito suplementario para costas y gastos, en su caso, en calidad de primer hipotecario;

y por ser el derecho que ejercitan los otorgantes, al amparo del artículo 1.211 del Código civil, propio e independiente del acreedor Banco Hipotecario de España, se prevendrá a éste, al notificarle la escritura, que de no cumplir estrictamente lo dispuesto en el párrafo anterior respecto al otorgamiento de la carta de pago y cancelación parcial del derecho de hipoteca, no tendrá eficacia esta cancelación en cuanto a la parte de crédito hipotecario en que se subroga la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, según el artículo 1.212 del Código civil. El 10 de marzo de 1944 se requirió por los representantes de la Caja de Ahorros y de la Sociedad Gran Hotel Carlton al Notario de Madrid don Bruno Rafael Juristo Crespo para que notificase al Banco Hipotecario el otorgamiento de la escritura de préstamo con subrogación, de 10 de febrero de 1944, y le invitase a reconocer que había recibido totalmente el importe del crédito concedido a la Sociedad Gran Hotel Carlton, requerimiento que se verificó el 17 de igual mes, contestando el Subgobernador de dicho Banco, don Emilio Ullastres Coste: «1.º Que a los efectos del reembolso total del préstamo número 16.689 —y no del 5.449, como sin duda por error, se consigna en el requerimiento—, este Banco percibió la cantidad de pesetas dos millones quinientas treinta y siete mil setecientas cuarenta y una con veinte céntimos, según se hizo constar en la liquidación-recibo de fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, que fué remitida a la S. A. Gran Hotel Carlton en veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres 2.º Que efectivamente este Banco, al percibir el importe de la liquidación anteriormente expresada, se considera totalmente pagado del préstamo de tres millones de pesetas que hizo al Gran Hotel Carlton, S. A., por escritura de diecisiete de diciembre de mil novecientos veinte, autorizada por el Notario de esta capital don Cándido Casanueva», según consta en la copia del acta levantada el 10 de marzo de 1944 por el referido Notario señor Juristo.

Presentada una primera copia de la escritura con otros documentos complementarios en el Registro de la Propiedad de Bilbao, se extendió el 10 de mayo de 1944 la siguiente nota: «Las obligaciones se extinguieren por pago y se modifican por novación, que es otra forma de extinción, siendo preciso, en uno y otro caso, que estén vivas y existentes en el momento del cumplimiento; y para

la novación por subrogación por el deudor, que nunca se presume, exige la Ley conste de manera indubitada que se tomó el dinero para pagar, expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad (artículo 1.211 del Código civil); y sólo mediante esos requisitos consiente alterar la regla general del artículo 1.207 que deja a salvo los derechos de terceros, permitiendo, por excepción, que el nuevo acreedor pueda repetir contra ellos (artículo 1.212). Partiendo de estas premisas, mal puede la Sociedad prestataria novar en 10 de febrero de 1944 una obligación extinguida por pago en 17 de septiembre anterior (según recibo del Banco Hipotecario, en el que consta una transferencia por el de Vizcaya, sin referirse a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, y acta de requerimiento que confirma el total pago en aquella fecha) ni subrogar al nuevo acreedor en perjuicio de terceros inscritos cinco meses después de extinguida la obligación. Por estas consideraciones y porque el consentimiento prestado por las partes adolece de error substancial en la estipulación que obliga al prestatario a subrogar cuando está legalmente imposibilitado de hacerlo, «se deniega», por defecto insubsanable, la inscripción de este documento, al que se acompaña recibo de reembolso anticipado por el Banco Hipotecario y copia de un acta de requerimiento, número 191 del protocolo del corriente año del Notario de Madrid don Bruno Juristo.»

Interpuesto recurso por el Director de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, la Dirección, con revocación del auto apelado, declara que la escritura calificada no se halla redactada con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, mediante la interesante y atinada doctrina siguiente :

Que al hallarse en vigor y sin cancelar la inscripción de la hipoteca constituida a favor del acreedor, no existe obstáculo registral para la subrogación de un tercero en los derechos de aquél y únicamente ha de puntualizarse si se cumplieron o no los requisitos legales establecidos para la validez y eficacia de la subrogación personal a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao.

Que la subrogación en los derechos de un acreedor hipotecario preferente, impuesta por la ley o por la convención tiene precedentes en el Derecho romano, según el cual, el acreedor de rango infe-

rior, que carecía del *ius vendendi*, tenía la facultad—*ius offerendi pecuniae*— para pagar al acreedor hipotecario preferente o consignar el importe del crédito y subrogarse en su lugar, de pleno derecho, sin su consentimiento, mediante el juego de la *successio in locum creditoris*, e igualmente el deudor que hubiera tomado dinero a préstamo, con determinados requisitos y pagase con la cantidad prestada, subrogaba al prestamista en los derechos y acciones de quien tuviese un crédito hipotecario de mejor rango, aun sin la aprobación de éste, doctrina admitida en la partida quinta, título 13, ley 34, que no se reprodujo fielmente, aunque sí en lo esencial en los artículos 1.086 y 1.116 a 1.121 del Proyecto del Código civil de 1851;

Que mientras los Códigos civiles francés e italiano regulan el pago con subrogación, legal y convencional, a continuación del pago como medio de extinguir las obligaciones, y los Códigos alemán y suizo identifican la subrogación con la cesión de créditos, nuestro Código civil trata de ambas clases de subrogación en los artículos 1.203 y siguientes, distingue, en cuanto a sus efectos, novación extintiva (artículo 1.207) y subrogación personal modificativa (artículo 1.212), y permite deducir que el crédito transferido al subrogado es el mismo que tenía el primitivo acreedor, aunque con sustitución de uno de sus elementos personales, el sujeto activo de la relación obligatoria;

Que el pago con subrogación constituye una forma de transmitir créditos con los derechos anexos y modifica la obligación primitiva, excepto cuando se declare terminantemente por los contratantes un propósito extintivo o la anterior y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles, según preceptúan los artículos 1.203 y 1.204 del referido Cuerpo legal, si bien no se producirá tal incompatibilidad aunque se varíen las condiciones principales o accesorias, siempre que las nuevas sean más favorables o faciliten el cumplimiento por el deudor de lo anteriormente pactado, según ha declarado el Tribunal Supremo.

Que la subrogación legal, prevista en los artículos 1.209 y 1.210 del repetido Código se presume realizada cuando un acreedor pague a otro preferentemente o un tercero no interesado en la obligación con aprobación expresa o tácita del deudor y dinero propio del pagador, quien se subrogará *ope legis* en el crédito y derechos a él

anexos, sin que el acreedor deba aprobar la subrogación ni se modifiquen las particularidades del crédito transferido, que se adquirirá íntegro o parcialmente, según que se efectúe al pago de una u otra forma, puesto que todas las modificaciones que pudieran introducirse requerirían el consentimiento del obligado, y transformarían la naturaleza de la subrogación, convirtiéndola en convencional ;

Que el deudor podrá realizar la subrogación convencional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código civil, sin el consentimiento del acreedor, en cuanto cumplá los siguientes requisitos de ineludible observancia : 1.º, que el deudor haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella ; y 2.º, que al pagar el mismo deudor se consigne en la correspondiente carta de pago la procedencia de la cantidad pagada, circunstancias encaminadas a prevenir posibles abusos en perjuicio o fraude de acreedores posteriores ;

Que la operación proyectada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao no puede calificarse de subrogación legal : 1.º, porque en la escritura de 10 de febrero de 1944, si bien se pretendió excluir la subsistencia de las cláusulas y condiciones que regían el préstamo del Banco Hipotecario, que fueran privativas de este establecimiento, no se tuvo en cuenta todo el alcance que imponía la condición singular y privilegiada de dicho acreedor configurada en la Ley de 2 de diciembre de 1872 y en sus Estatutos aprobados por Real decreto de 11 de noviembre de 1928, modificados en algún punto por Decreto de 6 de junio de 1947 ; 2.º, porque las modificaciones introducidas en el primitivo contrato de préstamo, especialmente en cuanto a la duración, tipo de interés, capital y anualidades de amortización, cuya cuantía no consta determinada en la escritura, hacen imposible presumir la existencia de tal «subrogación legal» ; y 3.º, porque en el momento de la calificación registral tampoco se acreditó que la Caja de Ahorros fuese acreedor hipotecario posterior, toda vez que el documento de 6 de junio de 1944, en el que consta que dicha Entidad es poseedora de 1.200 obligaciones hipotecarias al portador, de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, no puede surtir efectos conforme a lo dispuesto en el artículo 122 del Reglamento Hipotecario de 1915 ;

Que en la escritura de 10 de febrero de 1944 no puede estimarse realizada una subrogación convencional porque el pago del Banco

de Vizcaya por orden de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao y cuenta de la Sociedad Anónima Gran Hotel Carlton, tuvo lugar en el mes de septiembre de 1943, es decir, con anterioridad al otorgamiento de la referida escritura y no se cumplieron además los requisitos prevenidos en el artículo 1.211 del Código civil.

* * *

Como puede apreciarse a la simple lectura de la Resolución precedente, enfoca y resuelve ésta el problema planteado desde el campo del Derecho civil, pero sin la más leve alusión a los preceptos hipotecarios.

Y sin dejar de reconocer la lógica brillante de nuestro ilustrado Centro, pues atiende, analiza y resuelve la cuestión según se la fijaron, acaso mirando a determinados preceptos hipotecarios, es por donde —por analogía o similitud— pudiera haber tomado cauce aquélla.

Ya en Derecho romano, refiriéndose a la teoría de la *sucoesio in locum*, consistente en que cuando un crédito garantizado con hipoteca era satisfecho por un tercero —escribe Eduardo Espín, «Sobre pago con subrogación», *Revista de Derecho Privado*, pág. 300, mayo, 1942—, y que en vez de extinguirse se transmitía con la hipoteca al que pagaba, no era menester que el acreedor realizase la cesión, porque la transmisión se operaba *ope legis*, pero tratándose de un *ius singulare* no tenía lugar sino en los casos señalados en la ley.

Pues bien, ante el silencio del Código civil respecto a la forma de acreditar la subrogación legal y a fin de que desplieguen su eficacia los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, debería tenderse a buscar por analogía, según dijimos, formalidades establecidas para el cumplimiento de determinadas subrogaciones de ese tipo.

A tal efecto, basta fijar nuestra atención en el párrafo 2.º del artículo 118 de la Ley Hipotecaria y párrafo 2.º de la regla 5.º del artículo 131 de la misma, como en los 230 a 232 de su Reglamento y deducir —según reconoce también la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1925—, que mediante acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas, oportuno mandamiento judi-

cial o escritura de carta de pago, en los cuales conste que el pagador hace uso de la subrogación legal, circunstancia que puede completarse, si se hubiera omitido, mediante instancia del subrogado; y deducir, repetimos, que valiéndose de tales documentos es factible acreditar toda suerte de subrogación legal.

Aun así, en este ensayo nuestro de acoplar formalidades pre establecidas a los problemas de subrogación legal que puedan plantearse, quizás nos encontremos en ocasiones que la misma no pueda acreditarse (o no tener lugar, como la de sus antecedentes romanos, pautada, según dijimos, expresamente por la Ley). Tal el caso que motiva la Resolución precedente dada la singular y privilegiada condición del Banco Hipotecario y demás irrefutables razonamientos del penúltimo de sus considerandos.

¿*Quid* en cuanto a la subrogación convencional? Para Eduardo Espín (del que aconsejamos la total lectura de su citado magnífico trabajo), no siendo la subrogación una forma de pago, sino un modo de sucesión en el crédito, sólo por la llamada teoría de la cesión puede justificarse la misma.

Ya los romanos concibieron la operación, no como un pago, sino como venta del crédito, con lo cual no se extingue éste, y es ya posible que el que realiza el pago se aproveche de sus ventajas.

Recogida la teoría por la doctrina germánica, el Código alemán hace de la subrogación legal una transmisión legal del crédito, a la que se aplican analógicamente las reglas de la cesión convencional. Por ello, bajo la rúbrica de cesión legal, expone Hedemann los diversos casos en que se produce la subrogación en el Código alemán, criterio de exposición que es el generalmente seguido por la doctrina alemana. Igual posición mantiene la doctrina suiza; así, Von Tuhr entiende por subrogación el «acto por virtud del cual el tercero que salda la deuda pasa a ocupar el lugar del acreedor a quien se le paga, eliminado, por tanto, de la obligación», afirmando que se trata de un acto de cesión legal.

También en Francia (aun partiendo de la base de que la subrogación es un verdadero pago), la teoría de la cesión va abriéndose paso. Así, Thezard y Toullier.

Entre nuestros civilistas, Arrazola y Planas preconizan la teoría últimamente defendida por los profesores Pérez González y Alguer, que identifican la subrogación con la cesión alegando en

apoyo de esta opinión la identidad de efectos que la subrogación y la cesión producen, según los artículos 1.212 y 1.528 del Código civil y la letra de la Ley, que bien claramente expresa que la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos (artículo 1.212).

En resumen de lo expuesto, acaso no fuera aventurado afirmar que toda subrogación es legal, siquiera cabría diferencia la llamada convencional por la doctrina, identificada con la cesión, de esa otra por antonomasia denominada «legal», tipificada en los casos expuestos del párrafo 2.º del artículo 118 y párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 de nuestra Ley Hipotecaria (1).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO :
Registrador de la Propiedad

(1) Quien desee ampliar el estudio de tan interesante tema, aparte de los Tratados generales de Derecho civil españoles, puede consultar la ya clásica monografía de Clemente de Diego *Transmisión de las obligaciones*, la conferencia de Cossío «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo I, y el notable artículo del Notario P. J. Azurza «Notas sobre novación», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1950, en donde, a más, se hallarán múltiples referencias de autores y obras patrias y extranjeras sobre la materia. Nosotros nos hemos ceñido, según nuestra norma, al problema de la subrogación en su especialidad hipotecaria.