



Roj: **STS 7460/2003 - ECLI:ES:TS:2003:7460**

Id Cendoj: **28079110012003102549**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2003**

Nº de Recurso: **436/1998**

Nº de Resolución: **1098/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO ROMERO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno 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., representada 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.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ejea de los Caballeros, fueron vistos los autos de juicio ordinario de menor cuantía número 83/1997, a instancia de CAJA RURAL DEL JALON, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO (CAJALON), representada por el Procurador D. José Ignacio Bericat Nogue, contra BANCO CENTRAL HISPANO, S.A. (en adelante BCH) y contra D. Juan María y D^a Yolanda , sobre acción declaratoria, cancelación de escrituras y reclamación de cantidad.

1.- Por la representación de la parte actora, se formuló demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que "A) Se declare que mi mandante ejercitó en tiempo y forma, válida y eficazmente su derecho a enervar la subrogación pretendida por BANCO CENTRAL HISPANO, S.A. respecto de los préstamos referidos en los hechos primero y segundo de este escrito de demanda formalizados en las escrituras públicas de 25 de Mayo de 1993 y 7 de Octubre de 1993, respectivamente, que en copia se acompañan a este escrito como documentos núms. Uno y Dos.- Que, en consecuencia son nulas e ineficaces las escrituras públicas autorizadas por la Notario de Ejea de los Caballeros (Zaragoza) Doña Teresa Cruz Gisbert, con fecha 7 de marzo de 1997, a los números 327 y 328 de su protocolo, en las que se formalizó la expresada subrogación y que se acompañan al presente escrito como documentos números Seis y Siete.- Que procede cancelar los asientos registrales a que, en su caso, hayan dado lugar las citadas escrituras públicas de subrogación, de siete de marzo del año en curso, en el Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros (Zaragoza) y los que se hayan practicado con posterioridad.- Que deben entenderse vigentes y subsistentes, con plena eficacia y sin interrupción alguna en sus propios términos originarios, los préstamos otorgados por mi mandante a favor de DON Juan María Y DOÑA Yolanda , respectivamente en fechas 25 de mayo de 1993 y 7 de octubre de 1993, formalizados en las escrituras públicas que en copia se acompañan a este escrito como documentos números Uno y Dos.- B) Se condene a los demandados: -A estar y pasar por las anteriores declaraciones.- Al pago de las costas devengadas si se opusieren a esta demanda.- C) Con carácter subsidiario de las pretensiones anteriores, para la hipótesis improbable de que fuesen desestimadas, se interesa una Sentencia por la que se declare que la cantidad que BANCO CENTRAL HISPANO, S.A. debe abonar a mi mandante asciende a la suma de veinte



millones cuatrocientas cuarenta mil seiscientos noventa y seis pesetas (20.440.696 pesetas), condenando a dicha Entidad de crédito demandada a abonara a mi mandante la expresada suma, con más los intereses legales de la misma devengados desde la fecha de interposición de esta demanda hasta el día en que se haga efectiva aquélla; y al pago de las costas del juicio, si el demandado BANCO CENTRAL HISPANO, S.A. se opusiere también a esta pretensión subsidiaria".

2.- Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos el Procurador D. Miguel Angel Gascón Marcos, en representación de Banco Central Hispano, S.A. (en adelante BCH), quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que: "... desestimando todos y cada uno de los pedimentos de la entidad demandante, a quien habrá de condenar en costas por imperativo del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

El mismo Procurador Sr. Gascón Marcos, en nombre y representación de D. Juan María y D^a Yolanda , presentó escrito al Juzgado, compareciendo en autos y solicitando se dicte sentencia "por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo de todos los pedimentos de la misma a mis mandantes con expresa condena en costas de la actora".

3.- La Ilma. Sra. Juez de Primera Instancia, dictó sentencia en fecha diecisiete de Septiembre de mil novecientos noventa y siete, cuyo fallo es el siguiente: "Que, desestimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Bericat Nogué, en nombre y representación de LA CAJA RURAL DEL JALON, contra EL BANCO CENTRAL HISPANO, DON Juan María y DOÑA Yolanda , de absolver y absuelvo a dichos demandados, de los pedimentos de la demanda; con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia en fecha doce de Diciembre de mil novecientos noventa y siete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que conociendo del recurso de apelación formulado por la representación de la Caja Rural del Jalón, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de Septiembre de 1997, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ejea de los Caballeros, y revocando como revocamos la expresada resolución, debemos declarar y declaramos: A) Que Cajalón ejercitó válida y eficazmente su derecho a enervar la subrogación pretendida por el Banco Central Hispano SA respecto de los créditos formalizados en las escrituras públicas de 25 de marzo y 7 de octubre de 1993.- B) Son nulas e ineficaces las escrituras públicas autorizadas en fecha 7 de marzo de 1997 por la Notario de Ejea de los Caballeros, D^a Teresa Cruz Gisbert, a los números 327 y 328 de su protocolo, en las que se formalizó la expresada subrogación.- C) Procede cancelas los asientos registrales a que, en su caso, hayan dado lugar las citadas escrituras públicas de subrogación de siete de marzo del año en curso.- D) Una vez llegados los autos al Juzgado de instancia, se concederá 15 días naturales para formalizar la novación modificativa de los préstamos hipotecarios de fecha 25 de marzo y 7 de octubre de 1993, en las mismas condiciones contenidas en las ofertas vinculantes formuladas por el Banco Central Hispano, novación que surtirá sus efectos propios desde el 7 de marzo de 1997, inclusive, y de negarse don Juan María y su esposa D^a Yolanda a formalizar en dicho plazo las escrituras de modificación, quedarán subsistentes, con plena eficacia sin interrupción alguna y en sus términos originarios, los préstamos otorgados en 1993.- Se condena a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones.- Las costas del primer grado jurisdiccional correspondientes al actor, calculadas sobre el importe de la pretensión ejercitada contra el Banco Central Hispano, serán abonadas por éste, sin que se haga especial pronunciamiento respecto de los demás gastos procesales del primer grado jurisdiccional; no se hace imposición de costas en esta alzada".

TERCERO.- 1.- La Procuradora D^a Victoria Brualla Gómez de la Torre, en nombre y representación de la entidad mercantil Banco Central Hispano Americano, S.A. interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida, vulnera el art. 2 de la Ley 2/1994 de 30 de Marzo , sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. SEGUNDO.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida, vulnera la reiterada jurisprudencia que el Tribunal Supremo tiene establecida, con base en el art. 6/3 del Código Civil sobre la nulidad de los actos contrarios a la Ley. TERCERO.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida, vulnera el art. 38 de la Constitución.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado, el Procurador D. Jesús Guerrero Laverat en representación de Caja Rural del Jalón, Sociedad Cooperativa de Crédito, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No teniendo solicitada por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de Noviembre del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO ROMERO LORENZO



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- "Caja Rural del Jalón" (CAJALON) formuló demanda contra "Banco Central Hispano Americano 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 de Marzo y 7 de Octubre de 1993, así como la nulidad de las escrituras públicas otorgadas por el Banco Central y los esposos Juan María - Yolanda el 7 de Marzo de 1997 para formalizar dicha subrogación, ordenándose en consecuencia la cancelación de los asientos registrales a que estos últimos títulos hubiesen dado lugar.

El Juzgado de Primera Instancia 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 "CAJALON" 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 Hispano Americano 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 ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 2 de la Ley 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 Ley 2/1994.

En su artículo 2, con expresa remisión al artículo 1211 del Código Civil 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 perentorio 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 artículo 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 (artículo 9 de la Ley 2/1994; véase, también, el Real Decreto 2616/1996,



de 20 de Diciembre). Resulta, asimismo expresiva la afirmación que se contiene en el último párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1994, alusiva a que la novación modificativa del préstamo resultará muy beneficiosa para el deudor, por ser la que soporta 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 Ley 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 artículos 1.256, 1.258 y 1.091 del Código Civil, lo que implica una interpretación de la Ley 2/1994 en la que fundamentalmente se tengan en cuenta -como ordena el artículo 3 del Código Civil- 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 artículo 6-3 del Código Civil 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 Ley 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 artículo 1211 del Código Civil para resolver sus relaciones con CAJALON.

El motivo ha de ser rechazado, pues la declaración de que "CAJALON" 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 artículo 5-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del artículo 38 de la Constitución Española, 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 CAJALON, 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 CAJALON, 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 artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede condenar a la recurrente al pago de las costas causadas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Banco Central Hispanoamericano S.A. contra la sentencia dictada el doce de Diciembre de mil novecientos noventa y siete por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, conociendo en grado de apelación de los autos de juicio de menor cuantía número 83/97 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ejea de los Caballeros.

Se condena a la entidad recurrente al pago de las costas causadas. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Román García Varela.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Romero Lorenzo. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Romero Lorenzo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.