

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 2401** *Resolución de 24 de enero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Madrid n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de subrogación hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Jesús María Ortega Fernández, notario de Madrid, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Madrid número 2, doña María Belén Martínez Gutiérrez, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de subrogación hipotecaria.

#### Hechos

I

Por el notario de Madrid, don Jesús María Ortega Fernández, se autorizó, en fecha 6 de agosto de 2018, con el número 1.942 de protocolo, escritura pública de subrogación de préstamo hipotecario.

En dicha escritura comparecía, por un lado, la representante de la entidad «Bankinter S.A.», y por otra, los consortes y deudores, doña G. M. T. y don A. J. O. B., quienes, tras exponer que son propietarios de una finca urbana y de una cuota de otra destinada a plaza de garaje que se encontraban hipotecadas a favor de la entidad «Deutsche Bank, S.A.E.» en garantía de un préstamo hipotecario, subrogaban a «Bankinter S.A.» en la condición de acreedor. Como consecuencia, pactaban que pasaban a ser deudores de dicha entidad en los «términos pactados en la escritura (...) y con las modificaciones que resultan de la oferta vinculante que ha quedado unida, incluida cláusula adicional de condición de empleado (...) Los comparecientes según intervienen, aceptan esta escritura y solicitan del Sr. Registro de la Propiedad [sic] que haga constar en los libros a su cargo la subrogación efectuada en esta escritura con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 de la expresada Ley 2/1994».

Constaban a continuación, como documentos unidos, sendas notas registrales de titularidad y cargas, certificaciones catastrales y un documento que se denomina «oferta vinculante», fechado el día 21 de junio de 2018, y que se encontraba firmado por los prestatarios y la entidad acreedora. En dicho documento, se contenía la denominada oferta vinculante sobre determinadas condiciones financieras (amortización, tipo de interés, tipo de referencia y sustitutos, comisiones y compensaciones, contrato de cobertura de tipo máximo e intereses de demora). Constaba a continuación otro documento denominado «cláusula adicional condición de empleado» y copia de la orden de transferencia.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Madrid n.º 2.

Conforme al Art. 19 bis, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria se extiende la siguiente nota de calificación: Suspendida la inscripción del precedente documento escritura de fecha seis de agosto de dos mil dieciocho, protocolo n.º 1942/2018 del Notario de Madrid

don Jesús María Ortega Fernández, presentado bajo el asiento 15 del Diario 137, por el siguiente defecto subsanable:

Hecho: Una entidad bancaria se subroga en el préstamo hipotecario de otra Entidad bancaria en los términos pactados en la escritura que causó la inscripción 5.ª de hipoteca y se añade a continuación en la escritura ahora calificada “y con las modificaciones que resultan de las ofertas vinculantes que constan incorporada incluida cláusula adicional de condición de empleado”.

Tal remisión indiscriminada a una “solicitud de oferta vinculante”, que como documento unido se inserta, donde se amalgaman pactos obligacionales y pactos reales, es contrario al principio hipotecario de especialidad.

En aplicación de dicho principio es necesario que las partes interviniente detallen en la escritura y no por remisión, los pactos de transcendencia real, cuya modificación de la escritura de hipoteca originaria se pretende inscribir, que solicitan expresamente consten tabularmente.

Fundamento de Derecho: Arts. 9.2.ª, 21 párrafo primero y 30 Ley Hipotecaria; y arts. 51 regla 6.ª y 98 párrafo segundo de su Reglamento.

No se toma anotación preventiva por no haber sido solicitada, conforme al Art 65 de la Ley Hipotecaria.

Puede interponerse potestativamente: (...).

Madrid, veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho. La registradora (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora)».

### III

Instada calificación sustitutoria y recaída la competencia en el registrador de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 1, don Gonzalo Álvarez de Lara y Maza, resolvió, en fecha 17 de octubre de 2018, en el sentido de confirmar la calificación de la registradora de la Propiedad de Madrid número 2.

### IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Jesús María Ortega Fernández, notario de Madrid, interpuso recurso el día 30 de octubre de 2018 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Que la escritura pública ha sido otorgada por la nueva entidad acreedora y la parte deudora cumpliendo todos los requisitos de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; Que los prestatarios solicitan de la nueva entidad una oferta vinculante con las nuevas condiciones del préstamo, que el banco la emite con mejora de condiciones, siendo firmada por la propia entidad y por los prestatarios y ratificada por todos en la escritura. La oferta es notificada a la anterior entidad acreedora y transcurrido el plazo para que emita certificación de saldo y, en su caso, enerve la propuesta, es cuando se autoriza la escritura, se satisface el importe a la anterior entidad y se modifican las condiciones del préstamo transcritas en la oferta vinculante que queda unida a la matriz; Que, del texto legal, resulta la importancia de la oferta vinculante al ser en ella donde quedan plasmadas las nuevas condiciones del préstamo; Que la oferta vinculante queda unida a la matriz formando parte de la misma y con sus mismos efectos, sin que nada se añada por repetir su contenido en la escritura; Que el documento unido no es una solicitud de oferta vinculante, como afirma la nota de defectos, sino la propia oferta vinculante aceptada y firmada por las partes; Que, en todo contrato, existen pactos personales y reales correspondiendo, al registrador de la Propiedad calificar unos y otros, depurando lo que es inscribible y lo que no, y Que no se entiende en qué puede mejorar el principio de especialidad si los pactos se copian de nuevo en la escritura pública.

V

La registradora, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 8 de noviembre de 2018, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1216 y 1218 del Código Civil; 9, 18, 21, 40 y 144 de la Ley Hipotecaria; 17 y 17 bis de la Ley del Notariado; 2, 4 y 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; 51 y 244 del Reglamento Hipotecario; 173 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 1988, 23 de julio de 1998, 21 de marzo de 2007, 16 de noviembre de 2011, 21 de noviembre de 2014 y 11 de abril de 2016.

1. Autorizada escritura pública de subrogación de préstamo hipotecario al amparo de la previsión de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, por otorgamiento llevado a cabo por la nueva entidad de crédito y los prestatarios del préstamo hipotecario inscrito, se rechaza su inscripción porque los otorgantes se remiten, en cuanto a su contenido, al documento que se protocoliza y en el que consta la oferta vinculante a que se refiere el artículo 2 de la citada ley. A juicio de la registradora, cuya calificación confirma el registrador sustituto, «es necesario que las partes intervinientes detallen en la escritura y no por remisión, los pactos de trascendencia real, cuya modificación de la escritura de hipoteca originaria se pretende inscribir, que solicitan expresamente consten tabularmente».

2. El defecto no puede ser mantenido. Como ha recordado recientemente esta Dirección General (vid. Resolución de 11 de abril de 2016), nuestro Derecho consagra entre sus principios básicos la libertad de contratación tanto en los pactos que puedan celebrar las partes –artículos 1255 y 1257 del Código Civil– como en la libertad de forma en que los mismos pueden desenvolverse en el tráfico jurídico, sin perjuicio de la limitación de efectos de aquellos actos o contratos que, por constar meramente en documento privado, desenvuelven sus efectos entre las partes teniendo vetado su acceso a los registros de derechos cuya función esencial es hacer oponible su contenido frente a terceros; y sin perjuicio de los efectos intrínsecos del instrumento público (artículo 1218 del Código Civil en relación con los artículos 17 y 17 bis de la Ley del Notariado).

Afirmado lo anterior, la cuestión se traslada a determinar si es inscribible una escritura pública de modificación de un derecho real inscrito, como es el derecho de hipoteca, en la que las partes se remiten, en cuanto a las concretas cláusulas modificadas, a un documento privado firmado y fechado que a la misma se incorpora.

La respuesta sólo puede ser afirmativa si del conjunto del documento resultan los requisitos que para la práctica de la inscripción exige el ordenamiento hipotecario (artículos 9 y 144 de la Ley Hipotecaria y 2 y 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

3. Esta Dirección General tiene una elaborada doctrina sobre el valor jurídico de los documentos, de contenido negocial o no, que son incorporados a las escrituras matrices bien por exigencia del ordenamiento jurídico bien por voluntad de las partes intervinientes.

De conformidad con dicha doctrina cuando las partes reconocen en la escritura pública un negocio jurídico celebrado con anterioridad en un documento privado «(...) si la escritura de reconocimiento se otorga por quienes de presente aparecen con la plenitud del poder dispositivo sobre la finca afectada y con capacidad para realizar los actos modificativos o traslativos a que el reconocimiento se refiere, tales actos adquieren, por la escritura, forma suficiente para su acceso al Registro» (Resolución de 9 de mayo de 1988).

De este modo, «(...) el contenido de este documento pasa a formar parte integrante de la escritura pese al particular modo de proceder en su elaboración, pues, en definitiva, dichas escrituras no son sino la plasmación documental pública de la manifestación de los otorgantes de que en su día celebraron el contrato reflejado en el documento incorporado cuyo contenido, por tanto, se integran en dicha manifestación», extendiéndose al mismo la fe notarial «(...) de modo que, el Registrador ha de estar y pasar por la exactitud de esa afirmación en tanto no sea desvirtuado judicialmente (art. 1218 del Código Civil)» (Resolución de 23 de julio de 1998).

El documento incorporado a la escritura pública «(...) desde ese mismo momento forma un todo indivisible con el título, siendo también objeto de calificación por el Registrador, y es en la póliza de constitución del seguro donde se concretan las sumas aseguradas por el mismo, dando así pleno cumplimiento al principio de determinación registral» (Resolución de 21 de marzo de 2007 referida a un supuesto de incorporación del certificado de seguro decenal exigido por los artículos 19 y 20 y la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999).

En definitiva, si del conjunto documental integrado por la escritura pública y los documentos que las partes incorporan a la misma resultan los elementos necesarios para que el registrador practique la inscripción no procede la calificación negativa por el mero hecho de que las partes, al emitir su declaración de voluntad, se remitan al contenido de tales documentos. Como consecuencia de la declaración de voluntad tales documentos se incorporan a la escritura compartiendo sus potentes efectos jurídicos, siendo responsabilidad del notario autorizante que del conjunto de la escritura resulten los elementos necesarios para practicar la inscripción pertinente (artículo 173 del Reglamento Notarial).

En aplicación de esta doctrina esta Dirección ha afirmado (vid. Resoluciones de 16 de noviembre de 2011, 21 de noviembre de 2014 y 11 de abril de 2016), que: «(...) si la escritura calificada –como la presente–, tiene un contenido no sólo confesorio sino también volitivo, al consignar el negocio documentado en su integridad y expresar el consentimiento contractual de quienes aparecen con la plenitud del poder dispositivo sobre la finca afectada y con capacidad para realizar el acto traslativo cuestionado, de modo que queda garantizada la autenticidad de dicho consentimiento, con las consecuencias derivadas de la fe pública de que goza el documento público notarial (cfr. artículos 1218 del Código Civil, 1 y 17.bis, apartado a), de la Ley del Notariado, y 1 y 145 del Reglamento Notarial), ha de producir los efectos de toda escritura pública y, en concreto, ha de reputarse título inscribible (artículo 2, apartados 1.º y 2.º, de la Ley Hipotecaria y artículo 7 de su Reglamento)».

4. Así ocurre en la escritura objeto de la presente en la que la registradora no cuestiona que contiene los datos precisos para practicar la inscripción (artículo 21 de la Ley Hipotecaria), sino el hecho de que las partes se remitan, para su determinación, al contenido de la oferta vinculante (y no solicitud de oferta vinculante), que consta protocolizada. Determinado en las consideraciones anteriores que el documento protocolizado (de indudable contenido negocial en cuanto está firmado por ambas partes que así lo reconocen al emitir su declaración de voluntad), forma parte integrante de la escritura pública y disfruta por ello de sus mismos efectos, decae la calificación negativa al carecer de amparo legal.

Ciertamente la previsión legal (artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo), es que la escritura pública contenga aquellos pactos que reflejen las modificaciones acordadas por las partes pero de ahí no cabe deducir una limitación o prohibición de determinar el contenido por remisión a un documento privado incorporado como es la oferta vinculante; documento que las partes reconocen como auténtico y al que expresamente se remiten, que forma parte integrante de la escritura y al que se extienden los efectos jurídicos de ésta y sobre el que debe ejercer el registrador su competencia de calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 24 de enero de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.