

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

17388 *Resolución de 24 de septiembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Rafael Bonardell Lenzano, notario de Madrid, contra la negativa del registrador de la propiedad nº 1 de Colmenar Viejo, a inscribir una escritura de subrogación de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Rafael Bonardell Lenzano, Notario de Madrid, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Colmenar Viejo (Registro número 1), Manuel Parga López, a inscribir una escritura de subrogación de préstamo hipotecario.

Hechos

I

Por escritura otorgada el día 24 de febrero de 2009 ante el Notario de Madrid don Rafael Bonardell Lenzano, la entidad «Banco Español de Crédito, S.A.», formalizó con don Ernesto, S.A., y doña Yolanda S.R. una escritura de subrogación en el préstamo hipotecario que éstos habían concertado con la entidad «Caja de Ahorros del Mediterráneo», en virtud de escritura autorizada el 29 de agosto de 2001 por el Notario de Tres Cantos don José Ángel Gómez Morán Etchart, por importe de 198.333,99 euros.

En la parte expositiva de dicha escritura se expresa lo siguiente: «IV.–Que habiendo accedido Banesto a la referida petición, y aceptada por la parte deudora la oferta vinculante que a tal efecto éste le hizo, por considerar que sus condiciones financieras son mejores que las que regían para el anterior préstamo, con fecha 27 de enero de 2009, se requirió de la entidad «Caja de Ahorros del Mediterráneo», para que emitiese la preceptiva certificación en la que esta última acreditase el importe que se le debía por razón del préstamo hipotecario objeto de subrogación, todo ello según consta en el acta autorizada el día 26 de enero de 2009, ante el Notario de Madrid, don Valerio Pérez de Madrid y Palá, con el número 174 de orden de su protocolo, copia de la cual dejo unida a la presente formando parte integrante de ella. De dicho acta resulta que la entidad «Caja de Ahorros del Mediterráneo» no realizó respuesta con el efecto de enervar la subrogación dentro del plazo de los 15 días naturales que establece la Ley 2/1994.

Como quiera que han transcurrido ya los siete días naturales desde que la Entidad, «Caja de Ahorros del Mediterráneo» recibiera dicho requerimiento sin que por su parte lo haya atendido, Banco Español de Crédito, S.A., ha procedido, de conformidad con lo que establece la Ley 2/1994, a calcular el importe de aquella deuda, la cual, al día de hoy, asciende a 138.575,65 euros, según el siguiente desglose por conceptos: Dicho cálculo lo ha realizado Banesto bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de un posible error, que no sería repercutible a la deudora, tal como preceptúa la citada Ley».

Según consta en la referida copia del acta incorporada a la escritura calificada, la notificación y el requerimiento preceptivos a la entidad acreedora, «Caja de Ahorros del Mediterráneo», se practicaron el 27 de enero de 2009; y el 4 de febrero, el mismo Notario hizo constar por diligencia que, transcurrido el plazo de siete días naturales desde la notificación, la entidad acreedora no le había hecho entrega de certificación del importe del débito de los deudores por el referido préstamo.

II

El mismo día de su otorgamiento se presentó la escritura telemáticamente en el Registro de la Propiedad número 1 de Colmenar Viejo. Posteriormente se retiró y se

presentó de nuevo el 7 de abril. Y fue objeto de la calificación que a continuación se transcribe únicamente en los extremos que interesan en este expediente:

«... Hechos.

Se trata de una escritura de subrogación de préstamo hipotecario otorgada por Banesto y los cónyuges Ernesto S... A... y Yolanda S... R....

Se incorpora a la escritura copia del acta de notificación y requerimiento de la que resulta que la notificación a la acreedora, Caja Ahorros del Mediterráneo, se realizó el 27 de enero de 2009, y la copia de dicha acta, en base a la cual el Notario autorizante comprueba si se ha ejercitado o no el derecho a enervar, está expedida el 4 de febrero de 2009.

En segundo lugar...

Fundamentos de derecho

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria en cuanto a facultades de calificación. El artículo 9 de la misma Ley y el 51 sobre las circunstancias que deben constar en la inscripción y la Ley 2/94, modificada por la Ley 41/2007, de subrogación de préstamos hipotecarios.

Con arreglo a la Ley 2/94 una entidad de crédito puede subrogarse forzosamente en el préstamo, y la hipoteca que lo garantiza, de otra entidad. Para ello es necesario pagar a la entidad subrogada todo lo que se le adeuda más una comisión. Al ser una ley excepcional por virtud de la cual el titular de un derecho (acreedor hipotecario) es privado del mismo sin su consentimiento ni sentencia judicial, ha de ser interpretada restrictivamente y exigiendo el cumplimiento estricto del procedimiento establecido. Los datos a consignar en la inscripción relativos al préstamo y a la ejecución han de tomarse del documento.

Es derecho esencial del acreedor que soporta la subrogación el de enervar, para lo cual se le concede un plazo de quince días desde que recibe la notificación. De acuerdo con la ley la inexistencia del derecho a enervar tiene que resultar del acta de notificación, de tal modo que si la copia de dicha acta se expide antes de haber transcurrido el plazo de quince días es imposible saber si el notificado ejercitó o no su derecho a enervar.

Será necesario una diligencia del Notario que autorizó el acta, o de quien legalmente le sustituya en el protocolo, haciendo constar que han transcurrido los quince días desde la notificación sin que el notificado haya comparecido para manifestar que ejerce su derecho a enervar.

Es también derecho esencial del acreedor que la subrogación se haga exactamente en los términos contenidos en la oferta vinculante, de tal modo que si los pactos de la subrogación no coinciden con aquella no es posible llevarla a cabo, sin que pueda el Notario ni el Registrador hacer valoraciones sobre si las condiciones son o no más beneficiosas para el deudor, ya que se trata de un derecho del acreedor.

...

Calificación.

Se suspende la inscripción por los defectos expresados que se califican como subsanables.

Contra esta resolución, conforme el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, cabe interponer recurso...

Colmenar Viejo. 22 ABR 2009. El Registrador. Manuel Parga López».

III

El 11 de mayo de 2009 el Notario autorizante de la escritura, Sr. Bonardell Lenzano, interpuso recurso contra la calificación, con entrada en el citado Registro de la Propiedad al día siguiente. En dicho recurso alega lo siguiente:

1.º Para que el acreedor pueda ejercer su derecho a enervar tiene que haber entregado la certificación del importe del débito en el plazo máximo de siete días naturales a contar desde la notificación del requerimiento. Así resulta de la Ley 2/94, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios que dice literalmente: «Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales, a contar desde la notificación del requerimiento...».

Es decir, la Ley deja claro que la entrega de la certificación es un presupuesto necesario para que la entidad tenga derecho a enervar.

2.º El argumento del Sr. Registrador de la «interpretación restrictiva» de la Ley por tratarse de una ley excepcional, no hace sino apoyar la interpretación literal de la norma que no deja lugar a dudas sobre que la entrega de la certificación en el plazo de 7 días es un requisito necesario para enervar.

3. De acuerdo con lo expuesto, transcurrido el plazo de siete días sin que se haya entregado la certificación, la entidad acreedora ya [no] tenía derecho a enervar, por lo que se procedió a cerrar el acta de requerimiento mediante la correspondiente diligencia y a otorgar la escritura de subrogación.

IV

El Registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de 18 de mayo de 2009, que causó entrada el día 21 del mismo mes.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1211 y 1213 del Código Civil; 2 y 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; 18 de la Ley Hipotecaria; la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 19, 20 y 21 de julio de 1995, 5 de abril de 2000, 21 de febrero de 2001, 16 de abril de 2005, 11 de diciembre de 2007 y 29 de febrero y 6 de marzo de 2008.

1. En el supuesto del presente recurso se solicita la inscripción de una escritura de subrogación en un préstamo hipotecario, que se pretende realizar al amparo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo. En dicha escritura se acredita, mediante incorporación de copia de la correspondiente acta de notificación y requerimiento a la entidad acreedora, que ha transcurrido el plazo de siete días naturales desde la notificación sin que dicha entidad haya hecho constar en el acta la entrega de certificación del importe del débito de los deudores por el referido préstamo. Debe ponerse de manifiesto que la escritura de subrogación se otorgó después de haber transcurrido casi un mes desde la preceptiva notificación a la entidad acreedora.

El Registrador suspende o deniega la inscripción porque, a su juicio, debe resultar de dicha acta notarial que han transcurrido quince días desde la notificación sin que el notificado haya comparecido para manifestar que ejerce su derecho a enervar la subrogación.

Frente a tal objeción el Notario recurrente alega que la falta de entrega de la preceptiva certificación de deuda por la entidad acreedora tiene como consecuencia que ésta carece de derecho a enervar la subrogación y, por ello, podía cerrarse el acta notarial de notificación y requerimiento antes de la expiración del plazo establecido para el ejercicio de tal derecho.

2. En relación con la facultad de enervación que en el procedimiento de subrogación aparece reconocida al primitivo acreedor, este Centro Directivo, en las Resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995, respecto de casos en los cuales la entidad acreedora había entregado la preceptiva certificación del saldo del débito pendiente, entendió que dicha enervación se configura como un verdadero derecho de la entidad acreedora, toda vez que el objetivo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, cual es el de facilitar que el deudor pueda beneficiarse de la bajada generalizada de los tipos de interés, no puede llevarse al extremo de menoscabar sin causa justificada el no menos legítimo interés de la entidad acreedora de mantener la titularidad del crédito siempre que ello sea en las mismas condiciones económicas que las ofertadas por la entidad que pretenda la subrogación; y por ello debe considerarse que se trata de una normativa de carácter excepcional, cuya interpretación estricta determina que la eficacia de la subrogación prevista en el artículo 2 de dicha Ley deba supeditarse –en vía de principio– al transcurso del plazo de quince días previsto en la norma referida.

A diferencia de lo acontecido en los supuestos que motivaron la referida doctrina de este Centro Directivo, debe ahora determinarse la consecuencia que respecto del derecho a enervar la subrogación haya de tener el hecho de que en el acta de notificación y requerimiento a la entidad acreedora se acredite el transcurso del plazo de siete días sin que dicha entidad haya comparecido para entregar la preceptiva certificación del débito.

La cuestión planteada debe resolverse mediante la adecuada ponderación de los elementos gramatical, lógico, sistemático y teleológico de la norma del artículo 2 de la Ley 2/1994.

Según el texto literal del párrafo cuarto de dicho precepto legal, se establece la entrega de la certificación como presupuesto para el ejercicio del derecho de enervación («Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación...»), conforme a dicha norma).

Ciertamente, la certificación del importe de la deuda no constituye un requisito imprescindible de la subrogación, en tanto en cuanto su falta podrá ser suplida por el cálculo que de la cantidad debida realice la entidad prestamista que pretende subrogarse. Se trata, más bien –como también apuntaron dichas Resoluciones–, de una exigencia prevista para facilitar la subrogación, por la seguridad que implica para que la entidad prestamista conozca el importe del débito, con las beneficiosas consecuencias que de ello se derivan para el deudor que pretenda modificar las condiciones del préstamo hipotecario. Pero, precisamente por ello, el legislador la contempla como un deber que se impone a la entidad acreedora que desee ejercitar el derecho de enervar la subrogación, de modo que únicamente cuando haya cumplido con dicha obligación podrá entonces decidir si –en el plazo de quince días contados desde el requerimiento inicial– ejercita aquel derecho mediante el cumplimiento de los requisitos que se le imponen en beneficio del deudor hipotecario. Es este interés del deudor el que debe considerarse preeminente a la hora de resolver la cuestión suscitada en la calificación impugnada, de modo que ha de concluirse que sólo el acreedor que preste la colaboración debida, en los términos legalmente previstos, podrá enervar la subrogación (En el mismo sentido con criterios finalistas comunes, y aunque no estaba vigente en el momento de la calificación, en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, según resulta de lo expresado su preámbulo, «...se realizan algunas aclaraciones necesarias al régimen de la subrogación de préstamos hipotecarios y del derecho a enervar tales subrogaciones, con la finalidad de hacer más eficaz la protección del deudor hipotecario», como es imponer determinada actuación adicional a la entidad acreedora que pretenda ejercer su derecho de enervar la subrogación –cfr. la disposición adicional segunda de tal Decreto, relativa a la obligación de aquella entidad de «trasladar, en el plazo de diez días hábiles, por escrito al deudor, una oferta vinculante, en los términos previstos en la Orden de 5 de mayo de 1994»–).

Por último, es cierto que en la normativa referida no se regula, entre otros extremos, la forma en que deba acreditarse la entrega de la preceptiva certificación. Pero es igualmente cierto que el procedimiento de subrogación establecido en la Ley 2/1994 se regula, según expresa su Exposición de Motivos, en el marco de la lealtad que ha de presumirse existirá

entre dos entidades financieras. En este sentido, para que la subrogación surta efectos, el artículo 2 de dicha Ley exige únicamente que a la escritura pública se incorpore documento bancario justificativo del pago a la entidad acreedora originaria y que se haya presentado al Notario autorizante de la escritura «copia del acta notarial de notificación de la oferta de subrogación de la que resulte que no se ha producido respuesta alguna con el efecto de enervar la subrogación». En este ámbito, cabe entender que, al menos, sería una exigencia derivada de la referida lealtad y de la buena fe de la entidad acreedora originaria la adopción de la conducta consistente en responder a dicha notificación notarial por la misma vía con la entrega de la certificación del importe del débito del deudor por el préstamo si pretende enervar la subrogación; y no sería leal con aquélla la entidad que esté dispuesta a subrogarse si, a pesar de haber recibido la certificación de la deuda por vía distinta a la constancia en el acta notarial de notificación referida, otorga la escritura de subrogación mediante depósito notarial del importe de débito pendiente, según el cálculo efectuado por la propia entidad subrogada. No obstante, dejando aparte la responsabilidad que en el caso de subrogación sin certificación de saldo asume la entidad subrogada, los intereses de la acreedora no quedan comprometidos, ya que de no ser exacta dicha declaración –y además de lo dispuesto en los párrafos sexto y séptimo del artículo 2 de la Ley 2/1994– cuenta aquélla con la posibilidad de ejercer su derecho por la cantidad no pagada, con preferencia a la entidad subrogada (cfr., respecto del pago parcial, el artículo 1213 del Código Civil); todo ello sin perjuicio de las acciones que pudiera ejercer ante los Tribunales para defender el derecho de enervar la subrogación que pudiera corresponderle, atendiendo a las circunstancias que únicamente en el procedimiento adecuado podrán valorarse.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada, en los términos que anteceden.

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 septiembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.