

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7007 *Resolución de 24 de marzo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Palma de Mallorca n.º 4 a inscribir una escritura de constitución unilateral de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por don Borja Criado Malagarriga, notario de Barcelona, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4, doña Montserrat Bernaldo de Quirós Fernández, a inscribir una escritura de constitución unilateral de hipoteca.

Hechos

I

El día 12 de diciembre de 2017 se autorizó por el notario de Palma de Mallorca, don Carlos Jiménez Gallego, con el número 5.382 de protocolo, escritura en virtud de la cual la entidad «Klondyke Management, S.L.» constituyó sobre la finca registral número 10.439 del término de Llucmajor hipoteca unilateral. Dicha hipoteca se constituyó a favor de la sociedad «Nivalion 2017, L.P.» (sociedad mercantil de responsabilidad limitada, de nacionalidad de las Islas del Canal de la Mancha, Isla de Guernsey, con domicilio Guernsey e inscrita en el Registro de sociedades de Guernsey, con C.I.F. español), en garantía de la devolución de 800.000 euros, cantidad que, según la estipulación primera de la escritura, «la entidad "Klondyke Management, S.L." reconoce que va a recibir en Alemania, de la entidad Nivalion 2017, L.P. (...) en concepto de préstamo (...) cantidad que será transferida tras la firma de la presente escritura».

Dicha hipoteca fue aceptada por la entidad «Nivalion 2017, L.P.», debidamente representada, en escritura autorizada el día 2 de agosto de 2018 por el notario de Madrid, don José Miguel García Lombardía, con el número 3.934 de protocolo.

En acta autorizada el día 18 de noviembre de 2019 por el notario de Barcelona, don Borja Criado Malagarriga, con el número 4.432 de protocolo, la entidad «EWG Management Limited» (de nacionalidad Islas del Canal de la Mancha, Isla de Guernsey, con domicilio Guernsey e inscrita en el Registro de sociedades de Guernsey, y con N.I.F. español) actuando «en nombre y derecho de la entidad mercantil «Nivalion 2017, L.P.» (...) como representante legal y general partner de Nivalion 2017, LP según las leyes de Guernsey, en particular, la Ley de Partnership de Guernsey, siendo Nivalion una sociedad partnership limitada, actuando en su calidad de Socio General y en nombre de «Nivalion 2017, L.P.»», hizo constar lo siguiente:

«Que, por error, figura en los documentos públicos reseñados y en los asientos de presentación del Registro de la Propiedad que la acreedora hipotecaria es la entidad mercantil de Guernsey Nivalion 2017, L.P. cuando, en realidad, el titular del derecho de crédito es la compañía, también de Guernsey, EWG Management Limited.

EWG Management Limited, a su vez, es conforme a la Ley de Sociedades Partnership de Guernsey y según su inscripción en el Registro de Guernsey, Registro de Sociedades Colectivas Limitadas (Register of Limited Partnerships), actúa como representante legal, es decir, como Socio General en nombre y representación de Nivalion 2017, L.P., realizando actos jurídicos de forma válida en Derecho.

La relación entre ambas dos sociedades y la construcción específica que el Derecho de Guernsey prevé, se deriva de la nota registral del propio Registro Mercantil de Guernsey que tengo a la vista (...).»

Se adjuntaban al acta una serie de documentos (todos debidamente traducidos y apostillados) que, a juicio del notario corroboraban esta situación, tales como, un acta autorizada por un notario del cantón de Zug, de Suiza, don Daniel Bill, de fecha 23 de noviembre de 2018, acreditativa de la realidad del pago efectuado por «Ewg Management Limited» como general partner de «Nivalion 2017, L.P.» a «Klondike Management, S.L», y el testimonio de una sentencia dictada por el Tribunal del cantón de Zug, de Suiza, de fecha 20 de mayo de 2019, de la que resulta que la sociedad deudora reconoció haber recibido la suma de dinero controvertida, comprometiéndose a devolverla a la sociedad demandante (Ewg Management Limited) y constituir en favor de ésta una hipoteca en garantía de dicha devolución sobre la finca 10.439 del término de Lluçmajor.

II

Presentada la referida escritura de constitución de hipoteca, con documentos complementarios, en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Referencia del documento calificado:

N.º entrada: 3609/ 2020.

Clase: notarial.

Objeto: hipoteca unilateral.

Autorizante: Don Carlos Jiménez Gallego, Notario de Palma de Mallorca.–Fecha documento: 12/12/2017. N.º protocolo: 5382/2017.

Complementarios: Acta aclaratoria y/o subsanatoria autorizada el día 18 de noviembre de 2.019 ante el Notario de Barcelona Don Borja Criado Malagarriga, número 4.432 de protocolo; y acta aclaratoria y/o subsanatoria autorizada el día 18 de mayo de 2.020 ante el Notario de Barcelona Don Borja Criado Malagarriga, número 1332 de protocolo.

Nota de calificación registral.

Antecedentes de hecho.

Primero. Con fecha 9 de septiembre de 2.020 se aportó a este Registro de la Propiedad el documento de referencia, que consta presentado bajo el asiento 140 del diario 75, consistente en escritura de hipoteca unilateral otorgada en Palma de Mallorca, el día doce de Diciembre del año dos mil diecisiete, número de protocolo 5382/2.017 del Notario Don Carlos Jiménez Gallego, por la que Klondyke Management, Sociedad Limitada reconoce que va a recibir en Alemania de la entidad Nivalion 2017 L.P. (sociedad mercantil de responsabilidad limitada de nacionalidad de las islas del Canal de la Mancha, inscrita en el registro de sociedades de Guernsey con CIF en España [...]) la cantidad de ochocientos mil euros en concepto de préstamo, mediante una transferencia bancaria que será transferida tras la firma de la presente escritura. La citada entidad deudora se obliga a la devolución de la cantidad total de ochocientos mil euros y constituye hipoteca unilateral a favor de la entidad Nivalion 2017 L.P. sobre la finca registral 10439 en garantía de la restitución de dicha deuda y por un importe de setecientos cincuenta y dos mil euros de principal.

Se acompaña acta aclaratoria y/o subsanatoria autorizada el día el dieciocho de noviembre de dos mil diecinueve ante el Notario de Barcelona Don Borja Criado Malagarriga, número 4432 de protocolo y acta aclaratoria y/o subsanatoria autorizada el día 18 de mayo de 2.020 ante el Notario de Barcelona Don Borja Criado Malagarriga, número 1332 de protocolo.

Segundo. En el día de la fecha el documento reseñado ha sido calificado por el Registrador que suscribe, basándose en los siguientes fundamentos jurídicos:

1.º La calificación citada ha sido realizada al amparo de los arts. 18, 66 y 328 de la Ley Hipotecaria.

2.º De la misma resultan los siguientes defectos, que impiden practicar la inscripción del título calificado:

Primero. Es necesario acreditar que se ha perfeccionado el préstamo garantizado con la hipoteca. En la escritura objeto de calificación, la entidad "Klondyke Management S.L." reconoce que va a recibir en Alemania, de la entidad "Nivalion 2017 L.P.", la cantidad de ochocientos mil euros en concepto de préstamo, cantidad que será transferida tras la firma de la escritura. En garantía de la restitución de dicha deuda, la parte deudora constituye hipoteca unilateral sobre la finca registral 10.439 del término de Lluçmajor, a favor de la citada entidad "Nivalion 2017 L.P.".

El principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse –artículo 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario–, lo que tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas –causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento...–.

En el presente caso, la obligación garantizada es un préstamo que como señala el artículo 1740 del Código Civil requiere la entrega del dinero. El artículo 1740 del Código Civil señala: «Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.»

Supuesto distinto es el regulado en el artículo 142 de la Ley Hipotecaria en la que para facilitar el crédito, se permite la hipoteca sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación. Y esto de modo particular ocurre con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, pues entonces solo se exige la identificación de la relación entre el deudor y el posible acreedor, la cual habrá de tener por si consistencia suficiente para merecer que quepa garantizar hipotecariamente la eventual deuda en que tal relación pueda desembocar.

La hipoteca en garantía de deuda futura plantea un difícil problema práctico en que entran en conflicto el interés del tráfico, al que siempre convienen soluciones de cierta abstracción y una concepción más personalista del Derecho. Literalmente la expresión «obligación futura» empleada por el artículo 142 Ley Hipotecaria comprende cualquier deuda que no exista en el momento de constituirse la hipoteca; y en favor de la posibilidad de esta hipoteca podría invocarse la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado según la cual debe darse a las hipotecas «la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo, se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancadas, y, en suma, a provocar sensibles reducciones de la actividad industrial y daño grave en la economía nacional».

Pero lo cierto es que la admisión de hipotecas en garantía de deudas totalmente futuras equivaldría a permitir la inscripción de hipotecas que, en realidad, no son tales, porque, dado su carácter accesorio, en rigor no existen. Estaríamos simplemente ante una reserva del rango que, aunque aparece constituido en favor de un sujeto determinado en realidad su existencia queda a la libre disposición del propietario. Si la finca es después hipotecada o embargada en garantía de otros créditos, los respectivos acreedores podrían, por el arbitrio del que será avalado, perder su preferencia en favor de créditos que nacen después, a pesar del carácter imperativo que rige la materia del orden de prelación de créditos. Por otra parte, la admisibilidad de estas preferencias

anticipadas propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipoteca sobre sus bienes en previsión de las eventuales operaciones futuras. Además, estas reservas de rango podrán ciertamente facilitar determinadas operaciones comerciales, pero, a la vez y al no existir un legítimo interés actual suficiente que las justifique, menoscabarían indebidamente el crédito territorial del propietario y perturbarían el tráfico inmobiliario.

Parece, pues, más conveniente aplicar un criterio restrictivo a la admisión de estas hipotecas y entender que la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura que puede llegar a ser inscrita y que, como tal, «surtirá efecto contra tercero desde su inscripción» es la que se constituya en garantía de los créditos que puedan eventualmente nacer de una relación jurídica ya básica existente y que jurídicamente vincula ya al eventual deudor.

En conclusión, para que una obligación futura pueda ser garantizada con hipoteca, se requiere que en el momento de la constitución de hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor y que bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la concreta obligación asegurada con la hipoteca, o bien tal relación jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción dé lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada, y ya se trate de una relación jurídica de tráfico, ya se trate de una relación jurídica familiar o de otro tipo, cuando de la infracción de los genéricos deberes que por sí comporta la relación jurídica ya constituida pueda surgir la obligación garantizada. En todos estos supuestos la obligación asegurada con hipoteca sigue siendo futura porque realmente sólo empieza a existir la obligación cuando en ella se den todos los requisitos -sujetos, prestación, contenido- que la estructuran como tal obligación en sentido técnico, con existencia autónoma y relativamente independizada de la relación jurídica básica y de modo tal que pueda ser computada en la esfera patrimonial del acreedor como un bien patrimonial definido, y en la esfera patrimonial del deudor como una de las deudas de su pasivo que han de ser tenidas en cuenta en el concurso y prelación de créditos o, en su caso, en la masa de acreedores.

Pero en la escritura objeto de calificación no hace referencia a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, y no que se configura como hipoteca en garantía de obligación futura. En el presente caso la obligación garantizada con hipoteca es un préstamo de ochocientos mil euros que para su perfeccionamiento requiere la entrega del dinero.

Segundo. Para subsanar el defecto anterior es necesario el otorgamiento de escritura pública otorgada por titular registral que constituyo la hipoteca unilateral objeto de calificación.

En el presente supuesto, se aportan dos actas aclaratorias y/o subsanatorias, una autorizada el día 18 de noviembre de 2.019 por el Notario de Barcelona Don Borja Criado Malagarriga, número 4.432 de protocolo, y otra autorizada el día 18 de mayo de 2.020 por el mismo el Notario, Don Borja Criado Malagarriga, número 1332 de protocolo, ambas otorgadas por Don X. P. C. en representación de la entidad "EGW Management Limited", que no es el titular registral que constituye la hipoteca unilateral objeto de calificación.

La hipoteca unilateral viene consagrada en el artículo 138 de la Ley Hipotecaria que comienza estableciendo que "son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan". La hipoteca unilateral, como su nombre indica, es la constituida por el dueño de la finca sin intervención simultánea del acreedor, que podrá aceptarla o no. No obstante la calificación o naturaleza que se le atribuya a la hipoteca unilateral (si la hipoteca unilateral es un supuesto de reserva de rango, o es una hipoteca sujeta a condición suspensiva, o es un negocio jurídico unilateral que provoca o no provoca bien sea la adquisición o la constitución de un derecho real, o es una expectativa de hipoteca, o es un hecho real, pero no es aún un derecho real y demás juegos de palabras que se desee), ésta requerirá, para la plena eficacia del derecho real, su previa aceptación. De ahí que la Dirección General de Registros y Notariado, actualmente Dirección General de

Seguridad Jurídica y Fe Pública, haya venido reconociendo en sus diversas Resoluciones la falta de eficacia de la hipoteca unilateral que se encuentra pendiente de aceptación, ya que no nace como derecho real sino desde que sea "formalmente aceptada".

La subsanación de la escritura pública de hipoteca unilateral, que como su nombre indica, es la constituida por el dueño de la finca sin intervención simultánea del acreedor, no puede ser otorgada, ni requiere la intervención del acreedor hipotecario. El acreedor hipotecario otorgara posteriormente, sin la intervención del deudor hipotecante titular registral, la escritura de aceptación de la referida hipoteca unilateral.

Por otro lado, las faltas o defectos que impiden la práctica del asiento pretendido pueden ser subsanables o insubsanables. Son faltas subsanables aquellos defectos del título que se oponen a la práctica del asiento solicitado pero que no impiden de una forma absoluta y definitiva que pueda llegar a obtenerse. En la escritura pública objeto de calificación, el defecto debe subsanarse otorgando una escritura pública de rectificación o aclaración, no un acta aclaratoria y/o subsanatoria. La hipoteca unilateral exige como elemento formal la escritura pública y la subsanación de dicha escritura pública no puede hacerse en un acta aclaratoria y/o subsanatoria.

Parte dispositiva.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación, el Registrador calificador acuerda:

1.º Suspender la inscripción del título calificado por el/los defecto/s antes indicado/s.

2.º Proceder a la práctica de las notificaciones previstas en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria.

3.º Por la calificación anterior, consta la prórroga del asiento de presentación de este documento conforme al artículo 323 de la citada Ley.

Contra la presente nota podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Montserrat Bernaldo de Quirós y Fernández registrador/a de Registro Propiedad de Palma de Mallorca 4 a día treinta de Septiembre del año dos mil veinte.»

III

Dicha calificación fue notificada al notario de Barcelona, autorizante de las actas complementarias a la escritura de hipoteca unilateral, don Borja Criado Malagarriga, quien solicitó, el día 20 de octubre de 2020, la calificación sustitutoria prevista en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, correspondiendo la misma, en aplicación del cuadro de sustituciones, al registrador de la Propiedad de Ciutadella de Menorca, don Luis Serrano Valdespino, quien, el día 9 de diciembre de 2020, emitió calificación en los siguientes términos:

«I. (...)

II. Fundamentos de Derecho.

Vistos los artículos 3, 18, 19, 19 Bis, 142 y 145 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946 (LH); 1880 del Código Civil (CC); el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto, resulta lo siguiente:

III. Calificación

– El Registrador que suscribe acuerda confirmar en todos sus términos la nota de calificación negativa emitida por la Registradora titular del Registro de la Propiedad

Número 4 de Palma de Mallorca, Dña. Montserrat Bernaldo de Quirós y Fernández, en relación con el procedimiento registral iniciado bajo el asiento de presentación 140 del Libro Diario 75. Los argumentos y fundamentos jurídicos esgrimidos por la Registradora se consideran ajustados a Derecho y plenamente respetuosos con el Principio Hipotecario de Titulación Pública para el acceso al Registro de los actos y derechos inscribibles en el mismo (artículo 3 de la LH), y con la necesidad de documentar en escritura pública las subsanaciones que afecten a la constitución de un derecho real de hipoteca (artículo 145 LH).

IV. Parte dispositiva.

Luis Serrano Valdespino, Registrador titular del Registro de la Propiedad de Ciutadella de Menorca, acuerda:

1.º Calificar por vía sustitutoria, el documento presentado en los términos que resultan de los Fundamentos Jurídicos antes citados.

2.º Confirmar en todos sus términos la nota de calificación impugnada.

3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario o Autoridad Judicial o Administrativa que la ha expedido, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 40 y 41 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

V. Contra la calificación inicial emitida por parte del Registrador sustituido (...).»

IV

El notario de Barcelona, don Borja Criado Malagarriga, en el mismo escrito de fecha 14 de octubre de 2020 por el que solicitó calificación sustitutoria, declaró su voluntad de interponer recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública para el caso de la posible calificación negativa del registrador sustituto, con las alegaciones que, a continuación, se transcriben. Dicho escrito de recurso tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4 el día 29 de diciembre de 2020:

«Hechos: De las diferentes escrituras públicas otorgadas y sus correspondientes calificaciones, se discuten principalmente dos cuestiones, que son objeto en este recurso.

Primero. La acreditación del pago. La registradora entiende que el pago no ha sido acreditado (basado en el principio de especialidad registral del art 9 LH) y que, por tanto estamos ante un supuesto de hipoteca de deuda futura (142 LH).

El principio de especialidad queda salvado y el pago del dinero acreditado, por mor de las dos escrituras de subsanación por mí autorizadas, donde se acreditaba el pago. A mayor abundamiento del punto anterior, el dinero al acreedor hipotecario ha sido entregado y así lo acredita el acta del Notario suizo D. Daniel Bill de 23 de noviembre 2018, anexa a la primera de las subsanaciones de 18 de noviembre 2019. El pago también queda acreditado por otros medios, también indubitados; en particular la Sentencia del Tribunal Cantonal de Zug de 20 de mayo 2019 y que ya ha sido presentada al registro traducida y apostillada. La autoridad judicial suiza confirma el desembolso del préstamo (752.000 euros).

Otros medios que confirman el derecho de esta parte. Además de lo ya expuesto, la Sentencia del Tribunal Cantonal de Zug de 20.05.19 ha sido reconocida en España (al amparo del Convenio de Lugano) y el reconocimiento en cuestión fue aportado a la segunda de las escrituras de subsanación. Consta por consiguiente Auto del Juzgado de Primera Instancia 2 de Palma reconociendo en España la sentencia suiza (03.04.20). El efecto no es menor. El reconocimiento de la sentencia suiza implica no solo su

ejecutividad en España, implica que los hechos descritos no pueden ser ignorados y a *sensu contrario* pueden integrarse en el artículo 18 LH.

Segundo. La posible existencia de un negocio jurídico fiduciario permitido.

En el negocio jurídico en cuestión, la sociedad prestamista-acreedora ("Nivalion 2017 L.P.") concede un préstamo a la deudora. Esta sociedad, según las leyes de Guernsey no tiene personalidad jurídica en Reino Unido, dando forma a la figura de un posible trust. Ello no es óbice para que esta sociedad sí pueda obtener un NIF en España y poder realizar aquí operaciones de trascendencia tributaria.

En base lo anterior, debe entenderse que los efectos jurídicos han de recaer sobre la socia única esta compañía, que es la sociedad "EGW Management". Esta situación se ha acreditado convenientemente por documentos públicos –extracto registro mercantil– y hasta con un certificado de ley.

La prohibición de algunos negocios jurídicos fiduciarios en España ("*fiducia cum creditore*") tienen su base en la protección al verdadero propietario del bien y ante un posible abuso de confianza por parte del titular fiduciario. Esta situación de desprotección y desconocimiento por parte del titular real aquí queda completamente descartada ya que la socia única de Nivalion 2017 L.P. (EGW Management) no sólo era conocedora del negocio, sino que además prestó su consentimiento a la hipoteca unilateral en la escritura que otorgó ante el Notario de Madrid (tal y como consta en el expositivo).

Si bien es cierto que en nuestro país hay una gran restricción a la admisión de negocios jurídicos fiduciarios que puedan conllevar a estas situaciones de desprotección al propietario real, ello no significa que no tengamos que, en determinados supuestos permitir que figuras extranjeras puedan producir efecto en España. No con carácter general, pero sí en algunos casos excepcionales, como es que el que nos ocupa. Así, el Tribunal Supremo reconoce la existencia de negocios jurídicos válidos en sentencias de 7 de enero de 1944 y 10 de marzo de 1944. Todo ello debe llevarnos a una unificación del derecho en un mundo cada vez más entrelazado e internacional y, sobre todo, para instituciones que, entiendo, no chocan con cuestiones de orden público de nuestro país.

La figura de los trusts es ampliamente reconocida y admitida en los países de derecho anglosajón y es inevitable que, antes o después tengamos que buscarles un enfoque en nuestro país. Si no lo hacemos, ello sí puede implicar una auténtica desprotección al titular fiduciario. Es el contrasentido de que, para proteger a una persona no se admita en España el negocio fiduciario, cuando a lo mejor, poder formalizar ese negocio suponga proteger de verdad al titular real.

En virtud de todo lo expuesto, el Notario firmante solicita que la escritura sea nuevamente calificada y, en su caso, los defectos sean revocados.»

V

La registradora de la Propiedad emitió informe el 25 de enero de 2021 y, por mantener la calificación impugnada, elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1218, 1255, 1256, 1740, 1753 y 1876 del Código Civil; 311 y siguientes del Código de Comercio; 9, 20, 104, 141, 142, 143, 144 y 145 de la Ley Hipotecaria; 51, 237 y 238 del Reglamento Hipotecario; 144 del Reglamento Notarial; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 338/2008, de 30 de abril, 432/2018, de 11 de julio, y 417/2020, de 10 de julio; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de marzo y 4 de noviembre de 2000, 16 de junio de 2009, 19 de octubre de 2011, 28 de abril y 5 de mayo de 2015, 13 de julio

de 2017 y 31 de mayo de 2018, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero de 2020.

1. El presente expediente se refiere a una escritura en virtud de la cual una sociedad mercantil de nacionalidad española constituye una hipoteca unilateral en favor de otra, nacional de las Islas del Canal de la Mancha («Navilion 2017, L.P.») en garantía de la restitución de una deuda por la suma de 800.000 euros, cantidad que, según se hace constar en la escritura, la entidad deudora reconoce que será entregada por la acreedora, en Alemania, con posterioridad a la firma de la referida escritura.

En acta notarial posterior otorgada por la sociedad «EWG Management Limited» se hace constar, por un lado, que la suma garantizada fue efectivamente entregada a la sociedad deudora e hipotecante, acompañando al efecto una serie de documentos, y por otro, que hubo un error en la escritura de constitución unilateral de hipoteca dado que se designó como acreedor hipotecario a la sociedad «Navilion 2017, L.P.» cuando, en realidad, la sociedad acreedora era la entidad «EWG Management Limited», siendo así que entre ellas se daba una relación de «partnership» conforme a las leyes de Guernsey, Reino Unido.

La registradora entiende que no es posible la inscripción de la hipoteca unilateralmente constituida por la sociedad española deudora por dos razones. En primer lugar, porque es necesario que conste la entrega de la suma asegurada para entender perfeccionado el préstamo, al no haber sido configurada expresamente la hipoteca como hipoteca en garantía de una deuda futura conforme al artículo 143 de la Ley Hipotecaria. En segundo lugar, porque cualquier modificación de la escritura de constitución de hipoteca unilateral ha de ser otorgada en otra escritura pública por el titular registral de la finca que constituyó la hipoteca, y no por el acreedor hipotecario, quien todo lo más que podrá hacer será aceptar o no tal hipoteca.

El notario, por el contrario, defiende la posibilidad de practicar la inscripción. En cuanto a la perfección del préstamo considera suficientemente acreditada en el acta la entrega del dinero con los documentos que en la misma constan incorporados. Y en cuanto al segundo defecto, defiende que dado que la sociedad designada como acreedora en la escritura de constitución unilateral de hipoteca («Navilion 2017, L.P.») conforme a la legislación de Guernsey, Reino Unido, carece de personalidad jurídica, habiendo entre esta y la verdadera acreedora («EWG Management Limited») una relación de «partnership», enmarcada en el ámbito de los «trust», procede acceder a la rectificación pues, a su juicio, se debe «en determinados supuestos permitir que figuras extranjeras puedan producir efecto en España».

2. Comenzando por el primero de los defectos, considera la registradora que es necesario que se acredite la entrega de la suma a que asciende la deuda garantizada, pues de lo contrario no puede entenderse perfeccionado el préstamo.

El préstamo ha sido tradicionalmente calificado como un contrato de naturaleza real, de modo que requiere la entrega de la cosa (del dinero) para que quede perfeccionado, surgiendo así únicamente obligaciones para una de las partes, el prestatario, quien se obliga devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Así, el artículo 1740 del Código Civil dispone que «por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo».

Sin embargo, la esencialidad del carácter real del contrato de préstamo ha sido discutida, admitiéndose primero por la doctrina y, posteriormente, por la jurisprudencia, la plena validez y virtualidad jurídica del contrato de préstamo configurado por las partes con carácter consensual, generando con ello obligaciones para ambas partes, prestamista, quien se obliga a entregar el dinero, y prestatario, que se obliga a su restitución en los términos establecidos en los artículos 1753 y siguientes del Código Civil y, en el caso de préstamo mercantil, en los artículos 311 y siguientes del Código de Comercio.

El Tribunal Supremo, en Sentencia número 417/2020, de 10 de julio, declaró lo siguiente:

«(...) la afirmación de los recurrentes sobre el carácter real, en todo caso, del contrato de préstamo bancario de dinero, no puede hoy sostenerse, no solo por haber sido cuestionado por un importante sector de la doctrina, sino porque también lo ha sido por la jurisprudencia. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 432/2018, de 11 de julio, declaró:

“Al amparo de la autonomía privada (artículo 1255 CC), es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar. Así lo reconoció esta sala, aceptando lo que actualmente es opinión doctrinal común, en la sentencia 371/2007, de 26 de marzo.

La ‘promesa’ de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. Así, en el caso de la sentencia 385/2001, de 20 de abril, no llegó a haber consentimiento eficaz, al supeditarse el préstamo de refinanciación al cumplimiento de una condición que no se cumplió y a la aprobación de los órganos superiores del director del banco, que no se produjo.

Por lo demás, negar la validez de un contrato consensual de préstamo, conduciría a excluir el ejercicio de una acción de cumplimiento dirigida a hacer efectiva la promesa de préstamo (o a negar la indemnización por incumplimiento de la promesa), pero no permitiría negar los efectos que se producen entre las partes cuando, como ha sucedido en el caso litigioso, el dinero se ha entregado y se incumple la obligación de restituir intereses y capital en los plazos pactados.

A ello hay que añadir que, por lo dicho en el anterior fundamento de esta sentencia, la entrega del dinero es en la mayor parte de los casos cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si, como sucedió en el caso litigioso, con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo.”

3. De esta forma, el contrato de préstamo bancario de dinero queda perfeccionado por lo general por la emisión del consentimiento por el prestamista y el prestatario o prestatarios, y la entrega posterior del dinero por el prestamista al prestatario es un acto de ejecución, no de perfección del contrato. Los intervinientes resultan obligados por la emisión del consentimiento contractual, sin perjuicio de que frente a la acción de cumplimiento ejercitada por el prestamista, los prestatarios puedan oponer el incumplimiento, por no haberse hecho la entrega del dinero en los términos estipulados.»

3. De igual modo, como ha afirmado esta Dirección General (cfr. la Resolución de 17 de marzo de 2000, citada por la de 28 de abril de 2015), la amplitud con que el legislador ha admitido la garantía hipotecaria, aplicable a toda clase de obligaciones (cfr. artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), incluso las futuras o sujetas a condiciones suspensivas inscritas, surtiendo en tal caso efectos contra terceros desde su inscripción si la obligación llegase a contratarse o la condición a cumplirse (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), relativiza en cierto modo la tradicional controversia sobre la naturaleza jurídica del contrato de préstamo, pues tanto puede asegurar un préstamo real, perfeccionado con la entrega o en el que exista ya libre disponibilidad por el prestatario aunque no haya hecho uso de la misma, como aquellos otros convencionales en que estén esa entrega o disponibilidad aplazadas, condicionadas o tan sólo convenidas.

Ahora bien, la distinta naturaleza de la hipoteca en uno y otro caso, como hipoteca normal o de tráfico en el primero, en que el Registro garantiza la existencia tanto de la deuda como de la garantía, o como hipoteca de seguridad en los segundos, en que aquella garantía tan solo alcanza a la hipoteca y no a la obligación garantizada, distinción de especial relevancia tanto a la hora de pretender la ejecución de la hipoteca

como el tráfico posterior del crédito, imponen que a la hora de practicar su inscripción quede debidamente reflejada una u otra situación, dado que en ella debe constar la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscribe (cfr. artículos 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.5.ª, 6.ª y 10.ª de su Reglamento), sin perjuicio de que, de haberse garantizado una obligación futura o condicional, pueda hacerse constar posteriormente su nacimiento o el cumplimiento de la condición por nota marginal (artículo 143 de la misma ley), surtiendo a partir de entonces la hipoteca inscrita los efectos propios de las de tráfico.

4. De la doctrina expuesta resulta que el defecto, tal y como está formulado, debe ser revocado, pues no hay inconveniente legal alguno para que la hipoteca unilateralmente constituida pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad, aun como hipoteca en garantía de una obligación sujeta a condición suspensiva y ello a pesar de no haber sido expresamente calificada como tal en la escritura.

Ahora bien, en el caso que motiva el presente expediente, el notario entiende justificada y acreditada la perfección del contrato de préstamo mediante los documentos que incorpora al acta subsanatoria. La cuestión por tanto se centra en determinar si en el presente caso resulta suficientemente acreditada la entrega del dinero objeto del préstamo, pudiendo en consecuencia inscribirse la hipoteca como una hipoteca normal o de tráfico, o, por el contrario, de no resultar acreditada tal entrega, la hipoteca debe inscribirse como hipoteca en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva, y por tanto, como hipoteca de seguridad.

Entre los documentos incorporados al acta notarial figura una escritura pública otorgada el día 23 de noviembre de 2018 ante notario suizo debidamente apostillada y traducida en la que aquel «certifica la autenticidad» de una serie de operaciones bancarias realizadas a través del servicio de banca electrónica de la entidad «Credit Suisse» de donde resulta el ingreso, los días 10 y 17 de enero de 2018, de una suma total de 752.000 euros en una cuenta titularidad de la sociedad «Klondyke Management, S.L.» (deudora), siendo la cuenta de cargo otra cuenta titularidad de la entidad «Navalion 2017, L.P.», así como el testimonio de una resolución judicial firme dictada por el tribunal cantonal de Zug, Suiza, de 20 de mayo de 2019, igualmente apostillada y traducida, en el que consta el acuerdo alcanzado por la demandante («EWG Management Limited», si bien en este documento se hace constar que actúa, en la medida en que sea necesario, en su calidad de socio colectivo de «Navalion 2017, L.P.») y específicamente la obligación de «Klondyke Management, S.L.» a abonar la cifra de 752.000 euros y otras cantidades a «EWG Management Limited», y de constituir hipoteca sobre la finca referida a favor de la demandante en garantía de 800.000 euros de principal.

En la medida en que por medio de tales documentos resulta acreditada la entrega del dinero de un modo fehaciente, no circunscrito a la mera afirmación de una de las partes (cfr. artículos 1256 del Código Civil, 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario), debe admitirse la posibilidad de inscribir la hipoteca en garantía de una obligación existente y perfectamente determinada, esto es, una hipoteca ordinaria o de tráfico.

5. En cuanto al segundo de los defectos, el mismo debe confirmarse. Si lo que se pretende, como parece resultar tanto del acta notarial como del escrito del recurso del notario, es que la hipoteca constituida unilateralmente por el deudor quede inscrita a favor de una sociedad («EWG Management Limited») distinta de la que consta en la escritura de constitución unilateral de hipoteca como acreedora hipotecaria («Navalion 2017, L.P.»), ni el acta de subsanación o rectificación, tal y como ha sido otorgada, es título apto para ello, ni la fundamentación invocada en la misma así como la expresada por el notario autorizante en su escrito de recurso resultan aplicables.

La constitución del derecho real de hipoteca, aun el constituido de forma unilateral al amparo de los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, requiere inexcusablemente, como requisito para su válido establecimiento, el otorgamiento de escritura pública (cfr. artículo 145.1.º de la Ley Hipotecaria).

La distinción entre escrituras públicas y actas notariales, formas documentales encuadrables ambas en la categoría genérica de documentos públicos conforme al artículo 1218 del Código Civil y ambos con la fuerza probatoria que dicha norma les atribuye, debe hacerse sobre la base de su contenido que, a su vez, condiciona las respectivas exigencias formales. Contenido propio de las escrituras públicas, dispone el artículo 144 del Reglamento Notarial, son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios de todas clases, en tanto que la órbita propia de las actas notariales, según el mismo precepto reglamentario, es la de los hechos que por su índole no pueden calificarse de actos o contratos, así como los juicios o calificaciones del notario, aparte aquellos casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada.

Así, es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid. Resoluciones de 4 de noviembre de 2000, 19 de octubre de 2011, 5 de mayo de 2015, 13 de julio de 2017 y 31 de mayo de 2018), que la denominación que se atribuya a un determinado documento notarial no desvirtúa la verdadera naturaleza de éste, que debe calificarse en atención a su contenido y no al nombre que se le haya dado. De este modo, una diligencia será un instrumento apto para rectificar una escritura pública en la medida en que en aquella se cumplan los requisitos impuestos para ésta por la legislación notarial y confirmados por este Centro Directivo (cfr. Resolución de 13 de julio de 2017), esto es «siempre que las diligencias de que se trata sean otorgadas por los contratantes, por si mismos o debidamente autorizados para el concreto y real acto jurídico que se documenta, y contengan todos los requisitos indicados, constituirán vehículo hábil para la inscripción de la modificación del préstamo hipotecario, tanto cuando la hipoteca todavía no consta inscrita en el Registro de la Propiedad, como cuando ya lo estuviere en virtud de solicitud de inscripción parcial». Tales requisitos son los que enuncia la misma Resolución: ha de tratarse de un instrumento público «en el que consienten expresamente ambas partes contractuales, el notario autorizante da fe de conocer a los comparecientes y emite un juicio de capacidad y legitimación, señala que éstos, debidamente informados, proceden a sustituir las estipulaciones tachadas de ininscribibles por la registradora de la Propiedad (lo que constituye un auténtico consentimiento negocial), y por último da fe de haber leído el documento a las partes comparecientes, que encontrándolo conforme lo aprueban y firman; lo que claramente constituye un contenido y estructura propio de las escrituras públicas».

En el caso analizado en este expediente, la rectificación de la escritura pretende realizarse por medio de un acta de aclaración y subsanación otorgada únicamente por la entidad que, según se afirma, debe reputarse como verdadera entidad acreedora hipotecaria. De este modo, lo relevante en este caso no es el instrumento público empleado para llevar a cabo la rectificación, pues bajo la denominación de acta de aclaración y subsanación se trata de un instrumento que contiene la dación de fe del notario de conocer al compareciente y la emisión del juicio de capacidad, siendo así que las actas, salvo excepciones, no requieren fe de conocimiento ni les son aplicables en principio las reglas sobre juicio de capacidad del requirente; también contiene la manifestación de voluntad de rectificar la escritura de constitución unilateral de hipoteca, lo que implica no una simple manifestación sino una declaración de voluntad, un consentimiento negocial que, como dispone el artículo 144 del Reglamento Notarial, es contenido propio de las escrituras públicas; y, por último, incluye la fe del notario de haber leído el documento al compareciente, que encontrándolo conforme lo aprueba y firma con el notario, de modo que claramente implica un otorgamiento en cuanto asunción de la declaración de voluntad prestada que es inexistente en las actas. Su contenido y su forma son, por tanto, los propios de una escritura, en cuanto expresivos de una determinada declaración de voluntad negocial, que es de lo que el notario da fe, sin que las referencias al «acta» permitan considerar que alcanzan a desvirtuar la verdadera naturaleza de dicho instrumento que debe calificarse en atención a la realidad de su contenido y forma y no al nombre que se le da.

Lo verdaderamente objetable es la falta de intervención del deudor hipotecario, titular registral de la finca hipotecada y único otorgante de la escritura cuya rectificación se pretende, cuyo consentimiento resulta inexcusable, máxime si se tiene en cuenta que la modificación pretendida afecta a un elemento esencial del derecho real de hipoteca, como es la determinación del acreedor hipotecario.

6. Por otra parte, el notario autorizante alega que entre las dos sociedades implicadas hay una relación de «partnership» conforme a la legislación de Reino Unido, de modo que se subsumen en la figura del «trust».

Hay que recordar, tal y como hace el Tribunal Supremo en Sentencia número 338/2008, de 30 de abril, que el «trust» constituye una figura por la que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra. Se puede constituir el «trust» tanto por acto «inter vivos» como «mortis causa». Se trata de un negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del «Common Law» con diversas finalidades; pero resulta desconocida en derecho español.

De su importancia e implantación da muestra la existencia del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre ley aplicable al «trust» y su reconocimiento, que pretende hacer frente a los problemas derivados del desconocimiento de la institución en muchos ordenamientos jurídicos. El Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1992 y ha obtenido hasta ahora escasa ratificación, sin que haya sido suscrito por España. El artículo 2 del Convenio define los elementos que han de concurrir en una institución para poder ser calificada como «trust» a efectos de su aplicación: «A los efectos del presente Convenio, el término «trust» se refiere a las relaciones jurídicas creadas -por acto inter vivos o mortis causa- por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado. El trust posee las características siguientes: a) los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee; b) el título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta del trustee; c) el trustee tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley le imponga».

Sobre la base de lo anterior, no puede ser estimada la apreciación del notario respecto del «trust», figura desconocida y sin encaje en el ordenamiento jurídico español (en el que existen instituciones que cubren las funciones de dicha figura -negocio fiduciario, mandato, fundación, donaciones y legados sub modo, albaceazgo, sustituciones fideicomisarias, etc.), debiendo, en consecuencia, ser aplicadas las reglas generales impuestas por la legislación civil e hipotecaria (cfr. las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio de 2009 y 19 de febrero de 2020).

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, únicamente en cuanto al primero de los defectos expresados en la calificación, y desestimarlos respecto del segundo defecto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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 marzo de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.