

Piénsese en lo absurdo que sería que el transmitente de la nuda propiedad, que en ningún caso ha ostentado facultad alguna con respecto al usufructo, en vez de reservárselo para sí, no sólo lo hubiese hecho para sí, sino también para sus descendientes, con lo que habría surgido un nuevo derecho de usufructo, constituido por quien, en ningún caso, llegó a ser titular del pleno dominio del inmueble.

Por último, debemos plantearnos la trascendencia que en orden a la constitución de tal derecho y su inscripción pueda tener el consentimiento que presta el adquirente a su existencia. Desde un punto de vista exclusivamente civil, no cabe duda de que constituye una especie de promesa de constitución de un derecho de usufructo que podría ser exigido por el transmitente, más desde el punto de vista exclusivamente hipotecario y registral, tal promesa no constituye acto inscribible y de ahí nuestra discrepancia con el resultado de la Resolución que incide en el error de confundir lo que es un usufructo sucesivo, que sólo se puede constituir por quien es titular del pleno dominio del inmueble, determinando las personas que han de gozar del derecho de usufructo, por el orden establecido, con la simple facultad de consolidar el dominio pleno con la incorporación del usufructo a la nuda propiedad, cuando se extingue aquél, derecho que corresponde al que en el momento de extinción del usufructo es titular de la nuda propiedad. De ahí que consideremos acertada la nota de calificación, ya que el usufructo total del bien se inscribe a favor del viudo y la expectativa de consolación no constituye acto inscribible, máxime por cuanto la nuda propiedad de la mitad indivisa, con la que aquél habrá de consolidarse, ya no pertenece al transmitente, por lo que lo acordado sólo puede configurarse como una obligación personal de constituir un nuevo usufructo a la extinción del anterior que, dada su naturaleza, no tiene carácter inscribible y no puede considerarse como usufructo sucesivo, porque no se configura como tal por el titular del dominio pleno, que lo establece sólo a favor de una persona, por lo que tal usufructo se extingue por la muerte de la misma, conforme al artículo 513-1.º del Código Civil, sin que sea posible su resurrección.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

HIPOTECA. ANTICIPACION DE INTERESES CON REDUCCION DEL PRINCIPAL. VALIDEZ.—AUN CUANDO, EN PRINCIPIO, EL PRESTATARIO SOLO SE OBLIGA A DEVOLVER UNA CANTIDAD IGUAL A LA RECIBIDA Y, POR TANTO, EL PRINCIPAL DEBE SER ENTREGADO EN SU INTEGRIDAD, LA VALIDEZ DEL PACTO DE ANTICIPACION DE LOS INTERESES (ART. 1.755 DEL CODIGO CIVIL) LLEVA A CONSIDERAR TAMBIEN VALIDO EL DESCUENTO QUE SOBRE EL CAPITAL PRESTADO REALIZA EL ACREEDOR PARA COBRAR ANTICIPADAMENTE LOS INTERESES, SIN QUE ELLO DETERMINE INDETERMINACION DEL PRINCIPAL PRESTADO. (RESOLUCIÓN DE 22 DE MAYO DE 2001. BOE DE 28 DE JUNIO DE 2001.)

RESOLUCION de 22 de mayo de 2001, de la Dirección General de los Requisitos y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don José Alfonso López Tena, contra la negativa del Registrador de Esplugues de Llobregat, don José María Ferrán Guitart, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don José Alfonso López Tena, contra la negativa del Registrador de Espluges de Llobregat, don José María Ferrán Guitart, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 14 de abril de 1997, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Barcelona, don José Alfonso López Tena, doña A. M. C. V., entrega en concepto de préstamo mutuo a don F. B. G. y M. R. B., la cantidad de siete millones novecientos mil pesetas, los cuales constituyen hipoteca sobre una finca urbana de su propiedad en garantía del principal del préstamo, pago de sus intereses de demora por el plazo de tres años, a razón del tipo máximo de 20 por 100, así como la cifra que se fija para gastos y costas. En la estipulación primera de la escritura se establece que la parte prestataria recibe la cantidad de quinientas noventa y ocho mil pesetas. El resto del préstamo concedido lo retiene en su poder la parte acreedora, por los siguientes conceptos: 1. Cuatro millones quinientas veinticinco mil pesetas para el pago del capital, intereses y costas devengados por la hipoteca que pesa sobre la finca a favor de Fundación Hipotecaria Entidad de Financiación, S. A.; 2. Un millón trescientas cincuenta y cinco mil pesetas para el pago de capital, intereses y costas devengadas por un embargo a favor del Banco Pastor, y 3. Un millón cuatrocientas veintidós mil pesetas para el pago de los intereses de un año al 18 por 100 (fijado en la estipulación primera). En la estipulación segunda se dice que la parte prestataria se obliga a devolver dicha suma en el plazo de un año a contar desde el día del otorgamiento de la escritura.

II. Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Espluges de Llobregat, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto de calcularse los intereses sobre una cantidad que no se corresponde con la efectivamente entregada por la parte prestamista, produciéndose con ello y en base a la capitalización anticipada de intereses pactada, error en el principal del préstamo y en la obligación de devolución de “otro tanto” que incumbe al deudor según el artículo 1.753 del Código Civil. Contra la presente nota de calificación se puede interponer recurso gubernativo ante el Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya con apelación, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y plazos previstos en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Espluges de Llobregat, 16 de julio de 1997. El Registrador. Firma ilegible». Nuevamente presentada la escritura, fue objeto de la siguiente nota: «Presentado de nuevo el documento precedente, se reitera la anterior nota de denegación de fecha 16 de julio de 1997. Contra la presente nota de calificación, se puede interponer recurso gubernativo ante el Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya con apelación, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la forma y plazos previstos en los artículos 112 y siguientes de su Reglamento Hipotecario. Espluges de Llobregat, 10 de octubre de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que el contrato calificado no incurre en los defectos que el Registrador incorrectamente le achaca en su nota. II. Que el contrato de préstamo consiste en la cantidad de 7.900.000 pesetas, que devenga unos intereses del 18 por 100 anual (es decir, 1.422.000 pesetas). Por el préstamo, la parte prestamista debe entregar a la prestataria 7.900.000

pesetas, y dicha obligación puede cumplirse, hipotéticamente, aumentando el activo del préstamo (entregándole el total importe) o disminuyendo su pasivo (pagando deudas del prestatario). Que ambas son formas de pago y mediante ambas queda cumplida la obligación de entrega. III. Que, acordado el contrato de préstamo, la situación económica de prestamista y prestatario es la que se refleja en el hecho I. En tal situación caben dos posibilidades: que la prestamista entregue al prestatario 7.900.000 pesetas y éste, a su vez, proceda a pagar las deudas; o bien que el prestamista pague directamente por cuenta del prestatario el importe de dichas deudas y entregue al prestatario la diferencia. Que ambas posibilidades son válidas y mediante ambas se entrega la totalidad del importe del préstamo. IV. Que el Registrador olvida que si el prestamista se encarga de abonar las deudas existentes, entre las cuales se encuentra el importe de los intereses del préstamo (que se devenga anticipadamente y no por período vencido), no es que con ello pretenda donar su importe al prestatario, que sería entonces beneficiario de una disposición a título gratuito, sino entregar el importe del préstamo mediante, en parte, pago de deudas vencidas, líquidas y exigibles del prestatario, lo cual es exactamente lo mismo que entregar dinero. V. Que lo anterior se refiere a las tres deudas del prestatario, cuyo pago por el prestamista es forma de entrega del importe del préstamo, debiendo añadirse que por lo que se refiere a la hipoteca y el embargo preexistente, resulta evidente el interés del prestamista de asegurar, mediante pago, la cancelación de ambas cargas, la prioridad de su propia hipoteca. Que cuestión específica es la referida al pago de los intereses del propio préstamo, cuyo devengo es anticipado, por lo que al entregar el prestamista el importe del préstamo surge una deuda vencida a cargo del prestatario y a favor del prestamista, consistente en el importe de dichos intereses, y con ello el prestatario paga los intereses recibiendo de menos su importe a cargo del préstamo. Por ello, los intereses no están garantizados por la hipoteca, puesto que ya están pagados. VI. Que, en consecuencia, si se suma el importe de las dos deudas preexistentes, de los intereses devengados anticipadamente y del importe recibido por el prestatario se tendrá una cifra total de 7.900.000 pesetas y ese es el importe del préstamo, es decir, la cantidad que el prestatario debe devolver al prestamista. Si se aplica a dicho importe un 18 por 100, nos da la cifra de los intereses, devengados anticipadamente, vencidos y compensados entre prestamista y prestatario a cargo de sus respectivas obligaciones de entrega.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que la única entrega que hace la parte prestamista es la de las sumas de 598.000 pesetas que recibe la parte prestataria y las sumas de 4.525.000 pesetas y de 1.355.000 pesetas que las retiene para con ellas proceder al pago de deudas de la parte prestataria. Que son en total 6.478.000 pesetas respecto de las cuales sí existe un verdadero desembolso y una entrega efectiva por parte de la prestamista y una recepción, ya directa, ya por vía indirecta, por parte de la prestataria, la cual, no cabe duda alguna que, cumplidos estos requisitos y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.753 del Código Civil, ha adquirido la propiedad y queda obligada a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Que en cuanto a las restantes 1.422.000 pesetas, que retiene la prestamista para «pago de los intereses de un año al 18 por 100», cancelándolos sobre la cantidad de 6.478.000 pesetas, que sí ha desembolsado, efectivamente, sino sobre la superior de 7.900.000 pesetas, es evidente que no se corresponde a una contraprestación recíproca y equivalente de la prestamista, y en puridad no

pueden ser catalogados como préstamo, pues ni han sido entregadas ni han sido recibidas por la parte prestataria, ni puede decirse respecto de las mismas que el contrato se haya perfeccionado. En este sentido, hay que citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 1994. Que el problema que plantea la escritura calificada surge de la capitalización anticipada de los intereses que hace que tenga que incurrir en puntos contradictorios: 1. Entrega por parte del prestamista, como formando parte del principal prestado, de la suma correspondiente a los intereses cuando éstos tienen un tratamiento distinto del principal; 2. Obligación de devolución total cuando hay una previa retención; 3. Cálculo de los intereses sobre una suma que no se corresponde a una efectiva contraprestación en contra del principio de reciprocidad y equivalencia de las prestaciones de las partes y que hace que se trate de «una declaración de recepción o conformidad sobre hechos ficticios», rechazada expresamente por la reciente Ley 7/1998, de 13 de abril. Que todo ello choca con el principio de claridad y precisión que han de tener los asientos registrales, lo que ha llevado a rechazar la inscripción pretendida.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador, fundándose en que analizando la operación o negocio jurídico realizado en la escritura calificada en puridad de conceptos jurídicos, la suma de 1.422.000 pesetas, que la prestamista retiene para pago anticipado de intereses, no puede ser conceptuado como capital entregado, al menos al efecto de calcular sobre ella los intereses, porque ya en sí es interés y no capital. La suma verdaderamente entregada en concepto de capital es la de 6.478.000 pesetas, y si la parte prestataria se obliga a devolver en el plazo de un año, a contar desde el día del otorgamiento de la escritura la suma de 7.900.000 pesetas, paga intereses al 21,95 por 100 y no al 18 por 100, como dice la escritura. Sobre la suma realmente prestada en concepto de capital, el 18 por 100 es 1.166.040 pesetas y no 1.422.000 pesetas. Que existe una contradicción entre las estipulaciones primera, segunda y tercera, y dicha contradicción es incompatible con la claridad y precisión de conceptos jurídicos que han de tener los asientos registrales.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la compensación es una de las formas de pago que admite la legislación civil, siempre que se cumplan los requisitos de reciprocidad de las obligaciones de pago y su concurrente carácter de vencidas, liquidadas y exigibles, además de acordarlo ambas partes recíprocamente acreedoras y deudoras una de otra; y todos estos requisitos se cumplen en el contrato objeto del recurso. Que el auto presidencial, por efecto de no admitir entregadas las sumas compensadas, procede a una modificación del contrato de préstamo que lo desnaturaliza y lo convierte en otro. Que el auto no entiende entregado el capital del préstamo mediante la retención por el prestamista para pago de deudas del prestatario con el propio prestamista, e incurrir en una discriminación arbitraria, pues considera que si el acreedor es un tercero, la retención es entrega, pero si el acreedor es el propio prestamista, la retención no es entrega. No hay norma legal alguna que permita esa discriminación, que además carece de lógica jurídica y económica.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil, y 1 a 3 de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura.

1. Se debate en el presente recurso acerca de la posibilidad de inscribir una hipoteca en garantía de un préstamo por un año cuando los intereses que

ha de devengar éste se cobran anticipadamente por el acreedor de forma y manera que son descontados de la cantidad que se entrega al deudor y que viene a ser, pues, el principal prestado disminuido de los intereses pactados. El Registrador deniega la inscripción por el hecho de calcularse los intereses sobre una cantidad que no se corresponde con la efectivamente entregada, produciéndose con ello, y en base a la capitalización anticipada de intereses pactada, error en el principal del préstamo y en la obligación de devolución de «otro tanto» que incumbe al deudor según el artículo 1.753 del Código Civil.

2. En la nota de calificación, el Registrador viene a entender que la cantidad prestada no se corresponde con la cantidad efectivamente entregada, con lo que el prestatario resulta obligado a restituir una cantidad distinta a la recibida, lo que supone la desnaturalización del contrato de préstamo en el que, como contrato real que es, es esencial la obligación de restituir «otro tanto» igual a lo previamente entregado. Sin embargo, este planteamiento no puede ser confirmado. Admitida la posibilidad (cfr. art. 1.755 del Código Civil), de que el préstamo devengue interés, no hay razón para rechazar el pacto de devengo al inicio del período considerado (cfr. arts. 1.255, 1.614 y 1.806 del Código Civil). Y si este pacto acerca de la forma en que han de pagarse los intereses ha de considerarse válido, ningún inconveniente puede haber en que sea el mismo acreedor el que, al realizar la entrega del capital prestado, descuenta, en ese concepto de cobro de interés, la cantidad que corresponde al primer período fijado, sin que por ello pueda alegarse indeterminación del principal prestado.

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador y el auto del Presidente del Tribunal Superior.

Madrid, 22 de mayo de 2001.—La Directora General, *Ana López-Montís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Cataluña.

COMENTARIO

Es objeto de comentario en esta Resolución la posibilidad de inscribir una escritura de hipoteca en garantía de un préstamo, en el que se pacta el cobro anticipado de los intereses, descontándose su importe de la cantidad que se entrega al prestamista. El Registrador rechaza esta inscripción por no corresponderse la cantidad, efectivamente entregada, con la que debe devolver el prestamista y, en consecuencia, se desnaturaliza el contrato de préstamo, en el que es de esencia la obligación de restituir «otro tanto» (art. 1.753 del Código Civil).

Conviene analizar con detenimiento el contrato de préstamo, en el que se ven inmersas dos obligaciones distintas: *a)* la obligación de efectiva entrega de cosa fungible por parte del prestamista; *b)* la obligación de devolver o restituir lo mismo que se entregó.

El contrato de préstamo ha sido considerado tradicionalmente como un contrato real, ya que se perfecciona precisamente por la entrega del dinero, y por tanto hasta que esa entrega no se ha producido, no existe propiamente

contrato de préstamo (1). Esta obligación no sería parte del contenido del contrato de préstamo, que es unilateral, sino sólo elemento de perfección del mismo, generándose, entonces, la única obligación del contrato a cargo del prestatario de devolver el dinero.

Por el contrario, para otro grupo doctrinal existe la posibilidad de un contrato de préstamo consensual (2), que se perfecciona por el simple consentimiento de ambas partes, constituyéndose la entrega de dinero en un acto de ejecución del contrato. En este caso se suele considerar el contrato como bilateral, en el que existen dos obligaciones: entregar y devolver, y eso aunque las obligaciones de ambas partes no nazcan simultáneamente, sino que será necesario que se entregue primero la cosa para que nazca la obligación de devolverla.

(1) En este sentido, son muchos los autores que han defendido esta tesis, entre otros: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español Común y Foral*, tomo IV, Ed. Reus, Madrid, 1985, págs. 438 y sigs. Este autor afirma que el préstamo es «un contrato real que se perfecciona con la entrega efectiva de la cosa, tal y como se deduce del artículo 1.740 del Código Civil».

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, José M.^a Bosch, editor, Barcelona, 1972, pág. 261. Sostiene que ambas clases del préstamo (mutuo y comodato) son contratos reales, por tanto se perfeccionan por la entrega de la cosa, y no basta para que exista contrato de préstamo el solo acuerdo de las partes si no va acompañado de tal entrega.

Y aunque con matices, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, II*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 453 y sigs. Califica al contrato de préstamo como contrato real, de manera que su perfección no se produce por el mero consentimiento, sino que es precisa la entrega de la cosa. Esta entrega no supone el cumplimiento de una obligación anterior, sino que es elemento o requisito de perfección del contrato y, por tanto, del nacimiento de las obligaciones derivadas de él. A pesar de estas palabras, a continuación recoge las nuevas ideas sobre el carácter consensual del contrato de préstamo, y asegura que hay que someter a revisión la tesis tradicional, pues pueden existir ciertos contratos consensuales de préstamo en los que el prestamista quedaría obligado a la entrega de la cosa y el prestatario estaría legitimado para exigir el cumplimiento.

Asimismo, lo confirma reiteradamente el Tribunal Supremo como, por ejemplo, en las sentencias de 28 de octubre de 1909, 4 de mayo de 1943, 12 de febrero de 1946, 21 de febrero de 1956, 8 de mayo de 1962, 11 de mayo de 1964, 8 de julio de 1974, 28 de marzo de 1983, 25 de febrero de 1986, 17 de diciembre de 1997 y 11 de junio de 1999.

(2) En este sentido, entre los autores que defienden el carácter consensual del contrato de préstamo, se encuentran:

ALGUER, «Para la crítica del concepto de precontrato», en *RDP*, 1936, págs. 5 y 6. Asegura que el contrato de mutuo no es propiamente un contrato real, y que no se puede hablar (cuando consentimiento y entrega van diferidos) de un precontrato de mutuo, y luego (con la entrega) del verdadero contrato real, sino que «la promesa de dar una cantidad para ser devuelta más tarde es, lógicamente, un contrato consensual que obliga, no a reiterar el consentimiento ya prestado y con el que se declararon y regularon todos los efectos y el fin querido por ambas partes, sino sencillamente a cumplir la prestación una de ellas, y luego a restituir la otra».

JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958. Probablemente se deba a este autor la revisión definitiva de la tesis de la naturaleza real del contrato de préstamo. Para él, cualquier préstamo convenido, sin entrega, es ya, en el momento del acuerdo de voluntades, un contrato perfecto al que le faltan los actos precisos para su consumación. Y considera que, en adelante, las partes no deberán volver a prestar su consentimiento cuando se produzca la entrega de la cosa, pues ésta es cumplimiento de un acuerdo precedente dentro del ya contrato de presta-

Y, últimamente, analizando sobre todo el contrato de préstamo bancario (3), la doctrina mercantilista (4), y como consecuencia de los hábitos normales de la práctica bancaria, se inclina cada vez más por admitir en este

mo. Añade este autor que «el acto de la entrega, en todo contrato, no es un elemento perfeccionador del mismo, sino un acto de cumplimiento de lo prometido».

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 373 y sigs. Considera que el contrato de mutuo puede tener carácter real o consensual, según la obligación de entregar la cosa esté o no prevista y regulada en el contrato inicial. De este modo, afirma que «el pretendido precontrato de préstamo es un verdadero contrato consensual, pues carece de sentido entender que la obligación de entregar una cantidad en concepto de préstamo no forme una unidad con la obligación resultante de esa efectiva entrega cuando ambas obligaciones están previstas y reguladas en el contrato inicial».

ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado*, vol. 1, Madrid, 1948, págs. 340-341. Para este autor, el contrato consensual de mutuo es lo mismo que el precontrato de mutuo. Ambos son una misma e idéntica figura, por eso, concluye, «al identificarse este último —precontrato de mutuo— con aquél, obliga a considerarlo como un imposible jurídico».

GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», en *AAMN*, tomo I, 1945, págs. 277 y sigs. Califica al contrato de mutuo como verdadero contrato consensual y bilateral.

ORDAS ALONSO, M., en AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1977: «Desde mi punto de vista, y partiendo de que el mayor número de préstamos tiene como prestamista una Entidad de Crédito, la calificación del préstamo como contrato real no se ajusta en absoluto a la operativa bancaria actual, en la cual tal calificación contrasta con la práctica en la que el pacto sobre la concesión del mismo es anterior a la entrega del dinero; de hecho, en el momento en que se firma la póliza con la entidad crediticia, se entiende que se ha perfeccionado, constituyendo la entrega del dinero en un acto de ejecución del contrato; de acuerdo con lo cual el préstamo se convierte en consensual, perfeccionándose con el acuerdo de voluntades».

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, José M.ª Bosch, págs. 177 y sigs.; Díez-Picazo, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *ob. cit.*, págs. 453 y sigs. Para estos autores hay que revisar los viejos postulados doctrinales, pues al amparo del 1.255 del Código Civil es indudable la eficacia y validez de un contrato por el que una parte se obligue a entregar una cosa y la otra a devolverla, aunque no se haya producido la efectiva entrega (LACRUZ). Lo que ocurre es que normalmente la entrega es inmediata al acuerdo, van a la vez; pero, si hay separación entre ellos, surge el problema, pues esa primera parte (acuerdo de voluntades que crea una vinculación jurídica) se encuentra en nuestro sistema sin específica regulación legal (DÍEZ-PICAZO).

(3) Si aceptamos que se trata del préstamo que se celebra entre una entidad bancaria (prestamista) y un cliente (prestatario), al amparo de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, y como admite la doctrina, aunque considera clara la inclusión de este tipo de préstamo dentro del definido por el Código Civil en el artículo 1.753: entre otros, SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., «Préstamos, anticipos bancarios. Apertura de crédito», en *Contratos bancarios*, AA.VV., Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 161-165; y MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., «El préstamo bancario de dinero», en *Contratos bancarios y parabancarios*, AA.VV., Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, págs. 388-389.

(4) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos de los préstamos bancarios», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 14, 1984, págs. 312 y sigs.; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 8.ª edición, Madrid, 1990, págs. 465 y sigs.; CANO RICO, J. R., *Manual práctico de contratación mercantil*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 62; y en un cambio de opinión respecto a su tesis anterior, por la que consideraba al préstamo como contrato real, últimamente SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Dere-*

tipo de contrato su carácter consensual. Ya que es normal, en los préstamos bancarios, que se considere perfeccionado el contrato, al ponerse por escrito el acuerdo de voluntades mediante las condiciones estipuladas, y plasmado en la póliza correspondiente intervenida por fedatario. A la vez que, generalmente, se difiere la entrega del dinero del momento en que se acuerda o contrata, pues la entrega física del dinero se suele realizar con posterioridad, bien mediante su anotación en cuenta o mediante la entrega de un cheque; entrega que, en cualquier caso, no perfecciona el contrato sino que es ejecución del mismo (5).

Pero, aparte de la trascendencia doctrinal que pueda tener discutir sobre la naturaleza real o consensual del contrato, y para lo cual me remito a las obras citadas y de carácter general (6), lo realmente trascendente es que se defienda una u otra tesis, para que nazca la obligación de devolver por parte del prestamista es absolutamente necesario que se haya producido la entrega del dinero, siendo, entonces, «irrelevante» que ésta sea el acto de perfección del contrato, o lo sea de ejecución del mismo, pues como bien dice el artículo 1.753 del Código Civil, «el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y **está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad**», y en parecidos términos se expresa el artículo 312 del Código de Comercio.

Luego, para saber si hay que devolver, y cuánto hay que devolver, hay que fijarse en si se entregó y recibió y cuánto se entregó.

La entrega del dinero y su recepción por el prestamista se constituye así en elemento esencial para que nazca la obligación de devolver, característica del préstamo. Y es en este punto donde surgen las divergencias entre el Registrador y el Notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario, pues el primero entiende que la retención por parte del acreedor hipotecario de la cantidad debida por intereses anticipadamente a su devengo con el correspondiente descuento del principal, no es verdadera entrega y por tanto, el prestamista no está obligado a devolver; mientras que el recurrente considera que sí lo es, y por tanto también hay que devolverlo.

¿Cuándo se ha entregado?, ¿qué es entrega de cantidad?

En un sentido estricto, la entrega en el contrato de préstamo supone que el bien que se da quede a total y libre disposición del prestamista, como dice el Código Civil, se transmite la propiedad de la cosa al prestamista, lo que implica la libre disposición y todas las facultades sobre el mismo. Si bien, ese aspecto traslativo de la propiedad hay que matizarlo cuando lo que se entrega se trata de dinero. Por las especiales características del mismo, su fungibilidad

cho Mercantil, 16.ª edición, Madrid, 1992, pág. 517; considerando que incluso el préstamo bancario es un contrato formal, pues se perfecciona por la póliza que recoge las estipulaciones, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo II, Barcelona, 1992, págs. 252 y sigs.

(5) En contra, y aun admitiendo la no simultaneidad entre el acuerdo de voluntades y la entrega del dinero por las prácticas bancarias normales de hoy en día, consideran que el préstamo bancario sigue siendo real, y que sólo se perfecciona con esa entrega, aunque sea diferida, pues así se contempla en la legislación civil y mercantil (arts. 1.753 del Código Civil y 312.1 del Código de Comercio): SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., «Préstamos, anticipos bancarios. Apertura de crédito», *ob. cit.*, págs. 161-165; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., «El préstamo bancario de dinero», *ob. cit.*, págs. 395-396.

(6) Me inclino por considerar que el contrato de préstamo es un contrato real, pues así se ha configurado en la legislación, y me parece lo más acorde con su finalidad.

y el ser una medida de valor, abstracta y sin corporeidad, su entrega no es tanto la transmisión de la propiedad (con traslado posesorio), sino más bien la efectiva, verdadera y libre disposición del dinero a favor del prestamista.

Y, entonces, la entrega interpretada en un sentido estricto, consistiría en esa efectiva disposición, lo que implica la transmisión del dinero al patrimonio del prestamista, aunque esto no se realice físicamente mediante el traslado de las monedas; por ejemplo, sería entrega la anotación en cuenta de la cantidad dada, o la entrega de un cheque que represente ese valor.

Y según esta tesis restrictiva, y en el caso que se comenta, habría efectiva entrega, sin lugar a dudas, con respecto a las 598.000 pesetas, tal y como se deduce de la propia escritura, al establecerse en la estipulación primera que la parte prestataria recibe esa cantidad.

En segundo lugar, el Registrador y el recurrente coinciden en admitir que también se ha producido la entrega (y por tanto la obligación de devolver) con respecto a las cantidades de 4.525.000 y 1.355.000 pesetas, que el banco retiene para pagar una hipoteca y embargo, respectivamente, que pesaban sobre la finca que se ofrece en garantía en el préstamo que se analiza. No existe controversia en este aspecto, y el recurso no trata sobre el mismo, pues ambos consideran que la entrega puede producirse, como dice el notario, «aumentando el activo del préstamo (entregándole el total de importe) o disminuyendo su pasivo (pagando deudas del prestatario)». Se produce un pago por tercero, con consentimiento del deudor, en el que el acreedor «solvens» tiene interés demostrado, ya que con este pago a los acreedores del deudor se extinguen las garantías que convertían en preferentes los otros créditos, pasando el crédito del solvens a ser ahora preferente sobre la finca hipotecada.

Sin embargo, desde el criterio estricto que he explicado de entrega, tampoco, en este caso se habría producido, pues en ningún caso hay una libre disponibilidad de la cantidad por el prestamista, pues no consta la entrega, sino directamente la retención de esas cantidades por el acreedor, lo que, desde una óptica absolutamente restrictiva, no parece que suponga la puesta a disposición del mismo por el prestamista.

No obstante, no creo que haya que interpretar tan estrictamente el concepto de entrega. Las formas de entrega normales en la práctica bancaria son: a) entrega del dinero en efectivo o mediante cheque en el momento de formalización del contrato (sería una entrega en sentido estricto, pero es inusual en la práctica); b) mediante abono en cuenta de las cantidades prestadas, en una cuenta abierta en la entidad prestamista a nombre del prestatario (práctica normal en banca). Pero, no obstante, y desde un punto de vista más amplio, podemos entender que también se pone a disposición del prestamista el dinero de otras formas, ya que, como dice MARTÍ SÁNCHEZ (7), «la entrega de cantidad puede ser realizada por cualquier medio técnico que haga posible la disponibilidad de esa cantidad por el prestatario (abono en cuenta, autorización al prestatario para ordenar pagos con cargo a la suma prestada...), pues como expresa el Tribunal Supremo, "la entrega no requiere una transmisión manual, siendo suficiente poner la cosa en el poder dispositivo del prestatario, que dispuso del dinero (STS de 16 de octubre de 1993)", sin que sea necesario acudir a la ficción utilizada por dicho Tribunal, en la misma sentencia, consistente en considerar que "la declaración en escritura de préstamo, de tener recibida el prestatario con anterioridad la suma pactada, equivale al hecho de la entrega,

(7) Véase MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., «El préstamo bancario de dinero», *ob. cit.*, pág. 399.

quedando perfeccionado el contrato" pues, según vimos, y así lo manifiesta el Tribunal Supremo en la propia sentencia de 16 de octubre de 1993, "lo esencial para la existencia del contrato de préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma (...) sino que la cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con obligación de devolverla en plazo determinado".

Por lo tanto, parece poder admitirse como entrega, el encargo de pago de otras deudas del prestatario, mediante la retención de ese dinero por el prestamista, pues en el fondo ha recibido esa cantidad y ha dispuesto de ella, aunque sea de forma indirecta, mediante la disminución de su pasivo.

No obstante, sería mucho más sencillo para evitar conflictos y complicaciones (desde mi punto de vista, aquí exagerados), que el acreedor abonase la cantidad en la cuenta corriente de su deudor (entrega estricta), y que inmediatamente cargara en la misma el importe necesario para pagar esas deudas, tal y como se estipuló. El resultado sería el mismo, pero jurídicamente evitaríamos discusiones acerca de si se produjo entrega en sentido estricto. Es más, esto último suele ser la práctica habitual bancaria: primero se realiza un abono, y luego, el cargo o disposición correspondiente.

En tercer lugar, y donde surgen las discrepancias que originan la presente resolución de la DGRN, es en cuanto a la «entrega» de 1.422.000 pesetas, en concepto de intereses remuneratorios, que el acreedor retiene anticipadamente como pago de los mismos. El Registrador mantiene que dicha entrega no se ha producido y que, por lo tanto, el prestatario no tiene obligación de devolver esa cantidad, siendo, entonces, y únicamente la cantidad que se debe devolver, la misma que se entregó: es decir, la suma de los otros tres conceptos ya citados y sobre los que no hay controversia que asciende a un total de 6.478.000 pesetas. Y si en la escritura se mantiene que el préstamo tiene un principal de 7.900.000 pesetas, existe un error y un desequilibrio de contraprestaciones que desvirtúan el propio contrato de préstamo, y, consecuentemente, no puede inscribirse dicha escritura, pues se calculan los intereses sobre una cantidad que no se corresponde a la efectivamente entregada, y formando éstos (los intereses) parte del principal, cuando son conceptos absolutamente distintos.

El Notario, por su parte, entiende que sí se ha producido entrega, aunque sea por vía indirecta, de esa cantidad por intereses, pues así se pactó por las partes (y según 1.255 del Código Civil sería admisible), y por los mismos argumentos que se admite como entrega la retención que también se hizo para el pago de las otras cantidades adeudadas.

Creo que en este punto, el notario y la DGRN tienen razón. Si admitimos como entrega, en un concepto amplio de la misma, la retención que hace el acreedor para el pago de otras deudas de su deudor, por encargo de éste, y tal y como se estipuló, el mismo criterio ha de seguirse con respecto a la retención como pago anticipado de los intereses. Pues esta posibilidad queda dentro de la libertad contractual de las partes (1.255 del Código Civil y, por analogía, 1.614 y 1.808 del Código Civil), y así se pacta por ellas en la escritura; además, de que se trata de una práctica bancaria corriente, pues supone una operación financiera muy ventajosa para las propias Entidades de crédito; eso sí, siempre que esto no se imponga de manera unilateral por la entidad crediticia, pues entonces podríamos estar ante una cláusula abusiva.

Sin embargo, si se mantiene la tesis de entrega efectiva en sentido estricto, esta operación no podría considerarse como entrega, pero, siguiendo este mismo criterio, tampoco lo serían las otras retenciones; luego o se aplica o no

se aplica esta tesis restrictiva, pero no creo que quepa diferenciar en ambos supuestos.

En conclusión, y desde mi punto de vista, si aplicamos un concepto estricto de entrega, sólo se habría producido con respecto a las 598.000 pesetas recibidas directamente por el prestamista, y sólo con respecto a esa cantidad estaría obligado a devolver (el prestatario), produciéndose, entonces, y como dice el Registrador, una discordancia entre lo pactado en escritura y lo efectivamente entregado, pero en cuanto a la totalidad de las retenciones. Si, por el contrario, partimos de un concepto de entrega en sentido amplio y la retención lo es, entonces se entregó la totalidad de 7.900.000 pesetas, y eso es lo que ha de devolver el prestamista, no existiendo, entonces, discrepancia entre lo entregado y lo que se está obligado a devolver.

Aunque, mantengo, que habría sido mejor que se hiciera un abono en cuenta corriente de la totalidad del principal, seguido de los correspondientes cargos para pagos de deudas y anticipo de intereses, para dar cumplida cuenta con lo preceptuado por el 1.753 del Código Civil, y con relación a la propia naturaleza del préstamo. Esto es lo que parece deducirse de las propias palabras de la DGRN, cuando declara «...ningún inconveniente puede haber en que sea el mismo acreedor el que, *al realizar la entrega del capital prestado, descuenta, en ese concepto de cobro de interés*, la cantidad que corresponde al primer período fijado, sin que por ello pueda alegarse indeterminación del principal prestado». Completamente de acuerdo, pero ¿no dejaría menos lugar a dudas que la entrega se hiciera mediante abono en cuenta e inmediata disposición?

Por último, sí quiero señalar que en ningún caso puede entenderse que, en la cantidad que deba devolverse, vaya incluida la cantidad debida por intereses, pues siempre se devolverán los 7.900.000 pesetas que se entregaron como principal, y además, el 1.422.000 pesetas como intereses remuneratorios, que no son sino el precio del préstamo, y que no pueden olvidarse ni englobarse dentro del principal (que es lo que se entrega), pues esto sí que contravendría el principio de determinación registral, y debería obtener una calificación negativa por parte del Registrador.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Doctora en Derecho

TRACTO SUCESIVO. CANCELACION DE HIPOTECA EN PROCEDIMIENTO PENAL.—LOS PRINCIPIOS REGISTRALES DE LEGITIMACION Y TRACTO SUCESIVO (ARTS. 20 Y 38 LH), LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL DE LOS ARTICULOS 40.D) Y 82 LH, Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ART. 24 CE) IMPIDEN QUE PUEDA PROCEDERSE A LA CANCELACION DE UNA HIPOTECA ORDENADA COMO CONSECUENCIA DE UN PROCEDIMIENTO PENAL EN EL QUE NO HA SIDO PARTE EL TITULAR REGISTRAL DEL CREDITO HIPOTECARIO. (RESOLUCIÓN DE 15 DE MARZO DE 2001. BOE DE 8 DE MAYO DE 2001.)

RESOLUCION de 15 de marzo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Luis Bonet Baguena, contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Caste-