

cación para los derechos inscritos), y se corre el riesgo de ignorar los principios hipotecarios de prioridad y publicidad, con el peligro que esto supone para el fomento del crédito territorial, ya que si se anula la eficacia propia del derecho de hipoteca (preferencia y prioridad) será difícil que los acreedores presten sus capitales, pues la garantía de cobro disminuirá.

Por otra parte, como dice GARCÍA GARCÍA (15), el arrendatario pudo conocer la hipoteca que pesaba sobre la finca arrendada, mientras que el adjudicatario no pudo conocer el arrendamiento, y si se mantiene su subsistencia, éste actuará durante todo el procedimiento de ejecución como una carga oculta que sólo saldrá a la luz cuando el adjudicatario pretenda tomar posesión del inmueble, con el perjuicio que supone para el rematante que ofreció postura sin tener en cuenta dicho arrendamiento.

Como conclusión, hay que decir que la doctrina de esta resolución, me parece, cuanto menos, cuestionable, pues como ya se ha dicho, ignora y no aplica los principios hipotecarios de prioridad y publicidad registral, poniendo en entredicho el Derecho hipotecario, la eficacia de la hipoteca y, consecuentemente, el fomento del crédito territorial. Frente a esto se aplica la LAU, bajo una pretendida protección al arrendatario, que, aunque en un momento determinado pudo tener su justificación socio-económica, hoy parece igual de importante el fomento del crédito territorial, pues es la forma de financiación, para el acceso a la vivienda, más utilizada en la actualidad.

M. G. R. A.

HIPOTECA. PRESTAMO. ENTREGA APLAZADA DEL PRINCIPAL: EFECTOS. INTERESES. LIMITE DE LA GARANTIA.—EL PRESTAMO, COMO CONTRATO REAL, SE PERFECCIONA CON LA ENTREGA DE LA COSA (O DINERO) PRESTADA, PERO CUANDO NO EXISTE LA ENTREGA REAL, SINO UNA FORMA DE ENTREGA QUE IMPLICA QUE EL PRESTATARIO PARA DISPONER DE LA CANTIDAD DEL PRESTAMO HA DE CUMPLIR UNOS REQUISITOS QUE EN REALIDAD DESTRUYEN LA EFECTIVA ENTREGA, Y CONVIERTEN AL PRESTAMO EN UN CONTRATO SUJETO A CONDICION SUSPENSIVA, UN PRESTAMO CONVENCIONAL, TIENE EL EFECTO DE QUE LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA QUE GARANTIZA TAL PRESTAMO SE HARA CONFORME AL ARTICULO 142, Y EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION CONFORME AL 143, AMBOS DE LA LEY HIPOTECARIA. LA SEGUNDA CUESTION APARECE YA RESUELTA EN LA RESOLUCION DE 18 DE DICIEMBRE DE 1999, EN EL SENTIDO DE ADMITIRSE DENTRO DE LOS LIMITES DEL ARTICULO 114 LH Y 220 RH, LA GARANTIA DE LOS INTERESES ORDINARIOS Y DE LOS DE DEMORA DE LOS ULTIMOS CINCO AÑOS, SIN COMPUTARSE CONJUNTAMENTE A ESTOS EFECTOS. (RESOLUCIÓN DE 17 DE MARZO DE 2000. BOE DE 17 DE ABRIL DE 2000.)

RESOLUCION de 17 de marzo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, como apoderado en representación de la Caja de Ahorros

(15) GARCÍA GARCÍA, *Procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 297-300.

de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de Oviedo, don César García-Arango y Díaz-Saavedra, a inscribir parcialmente una escritura de préstamo hipotecario.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, como apoderado en representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de Oviedo, don César García-Arango y Díaz-Saavedra, a inscribir parcialmente una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos.—I. Por escritura autorizada el 2 de julio de 1996 por la Notario de Oviedo, doña María de las Nieves Díaz García, la Caja de Ahorros de Asturias concedió un préstamo con garantía hipotecaria a los cónyuges don S. V. V. y doña R. V. L. Según la primera de las estipulaciones del contrato: «La Caja de Ahorros de Asturias concede a don S. V. V. y doña R. V. L. un préstamo de doce millones de pesetas y su total importe ha sido entregado a la parte prestataria con anterioridad a este acto, la cual confiesa haberlo recibido solidariamente a su entera satisfacción». En la estipulación primera bis consta: «La parte prestataria ingresa y deposita el importe del préstamo recibido en una cuenta especial abierta a su nombre en la Caja de Ahorros de Asturias de la cual cede todos sus derechos a la prestamista en tanto no cumpla las siguientes condiciones: 1. Presentar y entregar a la Caja de Ahorros de Asturias la primera copia de esta escritura inscrita en el Registro de la Propiedad. 2. Entregar a la prestamista certificación del citado Registro en la que se acredite que la finca o fincas hipotecadas no tienen otra carga o gravamen que la hipoteca aquí constituida. Si por cualquier causa no imputable a la prestamista, no fueran entregados los documentos aludidos, la prestamista queda facultada para cancelar este depósito destinando su importe a reintegrarse del capital prestado... Por los saldos existentes en esta cuenta especial, la prestamista no abonará intereses ni remuneración alguna, sin que, por otra parte, el préstamo devengue intereses a favor de la prestamista, salvo por las disponibilidades efectuadas de esa cuenta especial». Y en la estipulación undécima: «b) Para justificar el saldo deudor a los efectos del ejercicio de la acción real que se regula en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, bastará una certificación expedida por la entidad acreedora en la que se fije con arreglo a su contabilidad la deuda pendiente en su momento».

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 5 de los de Oviedo fue parcialmente inscrita según nota de despacho que dice: «Practicada la inscripción del precedente título, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, al no resultar del título la efectiva entrega del capital prestado, al folio 138 del Libro 2.123 de este Registro, tomo 2.926 del archivo, inscripción 3.^a de la finca número 9.150 de la Sección 2.^a De conformidad con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario no se han inscrito las cláusulas sin trascendencia real y las que establecen el vencimiento anticipado del plazo por obligaciones accesorias y distintas del préstamo concertado; y se deniega parcialmente la garantía hipotecaria de los intereses moratorios en cuanto exceda de 3.240.000 pesetas. Oviedo, 2 de septiembre de 1996. El Registrador». Sigue la firma.

Nuevamente presentada la misma escritura en solicitud de ampliación de la anterior nota de despacho y formulación de nota de calificación en cuanto a las cláusulas del documento cuya inscripción se había denegado, se extendió a su

pie nota que, transcrita en lo que a efectos del presente recurso interesa, dice: «1.º Conforme expresa el párrafo primero de la nota de despacho, la hipoteca se inscribe al amparo del artículo 142 de la Ley Hipotecaria por cuanto de las cláusulas 1.ª y 2.ª de la escritura resulta, o claramente se deduce, que la cantidad prestada no se ha entregado, conforme exigen los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil, sino que está depositada en una cuenta especial, por lo que el contrato, de naturaleza real y no consensual, no está perfeccionado (cfr. sentencia del TS de 28 de marzo de 1983) ni lo estará hasta la efectiva entrega, que deberá acreditarse registralmente en la forma prevenida en los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento. 2.º ... 3.º Asimismo, en la cláusula 9.ª se deniega parcialmente en cuanto excede de 3.240.000 pesetas, la garantía de los llamados intereses moratorios, de conformidad con los artículos 114 de la Ley, 220 de su Reglamento y la doctrina de las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1986 y 22 de julio de 1996, entre otras. Contra la presente nota de calificación cabe formular recurso ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de cuatro meses a contar desde esta fecha, conforme a los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Oviedo, a treinta de septiembre de 1996. El Registrador número 5». Fdo.: César García-Arango y Díaz-Saavedra.

III. Don Jesús María Alcalde Barrio, en representación de la Caja de Ahorros de Asturias, interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación en cuanto a los puntos 1 y 3 de la nota de defectos, con base a los siguientes argumentos: Que la primera de las cuestiones se ha de determinar si efectivamente se produjo o no la entrega del capital prestado; que de la escritura resulta la entrega del mismo, la confesión de haberse recibido y su posterior depósito; que ante ello se ha de distinguir entre préstamo y depósito posterior, contratos independientes y perfectamente diferenciables según reiterada jurisprudencia, con cita de las SSTs de 25 de febrero de 1986, 26 de marzo de 1990 y 16 de octubre de 1993; que ratificando esa distinción la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios recoge en su anexo II las cláusulas financieras de carácter obligatorio, y entre ellas, en la 1.ª, la relativa a la forma de entrega y la previsión de que si la misma se realizase mediante abono en una cuenta especial de la que el prestatario no pueda disponer libremente, determinadas especificaciones relativas a la misma, con lo que se reconoce como forma de entrega el abono en una cuenta especial de disponibilidad limitada. La segunda cuestión a abordar se refiere a la denegación parcial de la inscripción de la garantía de los intereses de demora y en cuanto a ella la fundamentación de la nota es inaplicable pues no se trata de debatir el tema del límite temporal de cinco años establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sino que el argumento a que se acude, que la responsabilidad total garantizada en concepto de intereses, remuneratorios y moratorios, haya de ser calculada al tipo establecido para los primeros, algo que aquella norma no contempla, por lo que la reducción de la suma garantizada por razón de los moratorios de 6.120.000 pesetas pactadas a 3.240.000 pesetas en la inscripción supone una interpretación restrictiva de aquella norma y contraria a la doctrina de esta Dirección General en Resoluciones de 23 de febrero de 1996; 8, 11, 12 y 13 de marzo y 1 y 2 de abril del mismo año.

IV. El Registrador razonó su informe en defensa de la nota con base en los siguientes argumentos: Que la primera cuestión que se debate implica en realidad la pretensión de que se modifique un asiento ya practicado, bajo la salva-

guardia de los Tribunales, por vía del recurso gubernativo sin cumplir los requisitos del artículo 40 de la Ley Hipotecaria; que la inscripción practicada respeta escrupulosamente los términos literales de la propia escritura al recoger la confesión de haberse recibido el importe del préstamo, así como su depósito inmediato en una cuenta especial de la que el prestatario no puede disponer sin consentimiento del acreedor y sin cumplir determinadas condiciones posteriores, de ahí que el Registrador haya extraído las consecuencias jurídicas que se derivan de tal situación y, dado que la entrega no es efectiva y está sujeta a condición, según el propio título, haya practicado la inscripción conforme al artículo 142 de la Ley y la nota de despacho, por imperativo de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 438 —sic— del Reglamento Hipotecario refleje la forma en que tal inscripción se ha practicado, por lo que, reitera, no cabe recurso contra el asiento practicado. Ello no obstante, para que no pueda entenderse lesionado en modo alguno el derecho del recurrente a la tutela más amplia posible, rebate sus argumentos con base en los siguientes: 1.º Que la cita de la jurisprudencia hecha por el recurrente está fuera de contexto, pues en la sentencia de 25 de febrero de 1986 se trataba de una tercería de dominio sobre el numerario prestado, en la de 16 de octubre de 1993 quedó probada la efectiva entrega del dinero, y que si bien existe una corriente doctrinal a favor del carácter consensual del contrato de préstamo no es mayoritaria ni aceptada por la jurisprudencia (SS de 28 de marzo de 1993 o de 27 de octubre de 1994); 2.º Que de la propia escritura resulta o se deduce claramente que no ha existido una entrega efectiva sino meramente fingida de la cantidad prestada, que si bien se declara recibida, a la vez se ingresa y deposita en una cuenta especial, sin que se produzcan los efectos propios del préstamo por cuanto se pacta que en tanto exista la cuenta especial, el préstamo no devengará intereses a favor de la prestamista; 3.º Que tampoco se producen los efectos propios del depósito, como contrato posterior y distinto del préstamo, pues, dejando a un lado su dudosa voluntariedad, al pactarse la cesión de todos los derechos sobre la cuenta especial al prestamista entran en juego los artículos 1.768 del Código Civil y 309 del de Comercio, perdiendo el contrato el carácter de depósito para transformarse en préstamo, aparte de que se ha anulado la obligación de restitución inmediata cuando el depositante reclame el préstamo (art. 1.775 del Código Civil); 4.º Que la Orden de 5 de mayo de 1994 se limita a regular una forma especial de entrega, pero sin referencia a un depósito ni a que el abono en una cuenta especial equivalga a una real disponibilidad, a una entrega en efectivo, aparte de que dicha Orden tiene como objeto, según su preámbulo, un control administrativo sobre los modelos de préstamos impuestos a la clientela, sin que, por razón de jerarquía normativa, pueda modificar el Código Civil ni regular aspectos privados de la contratación. En relación con el segundo de los defectos, es significativa la omisión por el recurrente, dentro de la cita de Resoluciones de esta Dirección General, de la de 22 de julio de 1996, dictada como consecuencia de recurso interpuesto por ella misma; que la limitación de los intereses a garantizar con la hipoteca resulta de los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento, y admitida la garantía de los moratorios como señalaron las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, «rige, para uno y otro tipo de intereses —que a estos solos efectos deben ser computados conjuntamente— aquellos límites, lo cual plantea un problema de cálculo para el Registrador, tal como ha hecho en este caso; y que a tal fin debe tomarse como tipo el interés pactado como remuneratorio, según se deduce del artículo 219.3 del Reglamento Hipotecario con su referencia al vigente al tiempo del otorga-

miento de la escritura». El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias acordó desestimar el recurso fundado en que si bien existe una confesión de haberse recibido el capital prestado, su entrega no puede considerarse efectiva al estar sujeta su disponibilidad a condiciones, por lo que su efectividad no puede constar registralmente si no es por la vía de la nota marginal prevista en el artículo 142.1 de la Ley Hipotecaria, y en cuanto a la garantía de intereses moratorios, en base a la doctrina de la Resolución de este Centro Directivo de 22 de julio de 1996.

V. El recurrente apeló el auto desestimatorio de su recurso reiterando sus argumentos.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.281, 1.282, 1.285 y 1.740 del Código Civil; 1.º, 9.2.º, 40.c), 66, 142, 143 y 216 de la Ley Hipotecaria; 51.5.ª, 6.ª y 10.ª de su Reglamento; la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Resolución de 18 de diciembre de 1999.

1. Inscrita la hipoteca constituida en garantía de un préstamo como hipoteca en garantía de obligación futura, por así haber calificado el Registrador el contenido del negocio, y recurrida dicha calificación, se plantea, como primera cuestión, si cabe en tal caso el recurso gubernativo para modificar el contenido de la inscripción practicada.

Es norma básica, al punto que así se proclama en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, que una vez practicado un asiento en el Registro, en cuanto se refiera a derechos inscribibles, queda bajo la salvaguardia de los Tribunales produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley. De tener su origen esa inexactitud en un error padecido a la hora de extender el asiento, lo sea como consecuencia de una calificación errónea sobre la naturaleza o extensión del derecho, lo sea por un traslado inadecuado del contenido del título al asiento, el artículo 40.c) de la misma Ley remite a los procedimientos previstos en su título VII, donde expresamente se contempla el supuesto de los errores de concepto, considerando como tales aquellos que se producen cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido (cfr. art. 216). Ese régimen específico de rectificación del contenido del Registro, unido a la finalidad propia del recurso gubernativo, limitado a resolver sobre las calificaciones que denieguen o suspendan total o parcialmente la práctica de los asientos interesados (art. 66 de la Ley Hipotecaria), ponen de manifiesto la inadecuación de éste para lograr aquella rectificación.

En este caso, en que se ha inscrito la hipoteca como en garantía de una obligación futura, cabría entender que no cabe ya recurrir la calificación que ha desembocado en ese asiento, pues a través del recurso se estaría pretendiendo una rectificación de aquella inscripción. Pero si se tiene en cuenta que la pretensión del recurrente es lograr que se haga constar en el Registro la efectiva entrega de la cantidad prestada por entender que así consta en el título, lo que el Registrador rechaza al estimar que tal entrega no está acreditada, puede asimilarse el supuesto planteado a un recurso que se dirigiera frente a la negativa a hacer constar circunstancias del título en el caso de inscripción parcial, negativa claramente recurrible. Y en este sentido cabe abordar la cuestión planteada en sede de recurso gubernativo.

2. La amplitud con que el legislador ha admitido la garantía hipotecaria, aplicable a toda clase de obligaciones (cfr. arts. 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), incluso las futuras o sujetas a condiciones suspensivas ins-

critas, surtiendo en tal caso efectos contra terceros desde su inscripción si la obligación llegase a contratarse o la condición a cumplirse (art. 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 sólo 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 ha de constar la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscribe (cfr. arts. 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 (art. 143 de la misma Ley), surtiendo a partir de entonces la hipoteca inscrita los efectos propios de las de tráfico.

3. Se centra la cuestión, por tanto, en la interpretación del negocio jurídico que ha sido objeto de la calificación recurrida. Si se acude a un criterio meramente literal, los términos del contrato —primero pero no exclusivo ni excluyente de los criterios de interpretación conforme al art. 1.281 del Código Civil— la respuesta sería sencilla, pues al haber confesado la parte prestataria que ha recibido el importe del préstamo, éste se habría perfeccionado. Pero al lado de aquel criterio interpretativo existen otros, como son la intención de las partes, atendiendo principalmente a sus actos coetáneos o posteriores al contrato (cfr. art. 1.282 del Código Civil) o el sistemático, que obliga a interpretar las cláusulas de los contratos las unas por las otras, y que igualmente sería extensible a la interpretación conjunta de dos contratos simultáneos e interrelacionados entre sí (cfr. art. 1.285 del mismo Código). Pues bien, atendiendo a tales pautas interpretativas no parece caber duda de que en el presente caso aquella confesión de haber recibido el importe del préstamo es meramente formal y no responde a la realidad, habida cuenta de que, sin solución de continuidad, el importe de la cantidad prestada queda en poder del propio prestamista, sin libertad de disposición por parte del prestatario y sin que por ella deba pagar intereses. Esa falta de disponibilidad inmediata, condicionada como está a unos hechos futuros, dejando al margen la cuestión de su validez, impiden tener por perfeccionado el préstamo en los términos del artículo 1.740 del Código Civil en tanto no desaparezcan las restricciones impuestas al prestatario para disponer de la cantidad prestada, y ya se considere que estamos ante una obligación futura o actual pero sujeta a condición suspensiva, la inscripción no puede recoger sino el contenido real del negocio, de suerte que la hipoteca que se inscriba tendrá que serlo condicionada en su eficacia frente a terceros en los términos que resultan del párrafo primero del artículo 142 de la Ley Hipotecaria, y sin que el Registro pueda reflejar la efectiva entrega en tanto no conste acreditado que la misma ha tenido lugar o que las restricciones para disponer de la cantidad objeto del préstamo han desaparecido.

Por lo demás, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, que invoca el recurrente en pro de la regularidad de la forma de entrega que ha efectuado, en cuanto destinada a regular la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no sólo es que no pueda, por su propio rango y finalidad, afectar a la naturaleza jurídica de las obligaciones asumidas por las partes, sino que el supuesto que contempla como regla o cláusula 1.^a b), en su anexo II, no cabe duda de que da lugar a una hipoteca en garantía de obligación futura o condicional desde el momento que se refiere no ya al ingreso posterior de la cantidad recibida en una cuenta de disponibilidad limitada o condicionada, sino el ingreso directo por el prestamista en dicha cuenta.

4. En la segunda de las cuestiones objeto del recurso se plantea la negativa a inscribir parcialmente la garantía de los intereses moratorios con la extensión que las partes han convenido, que el Registrador limita a una cantidad tal que sumada a la prevista para garantizar los intereses ordinarios no exceda de la que supondrían cinco años de intereses de este último tipo.

El defecto no puede confirmarse. La doctrina de esta Dirección General, contenida en Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996, entre otras, que el Registrador invoca, sobre la computación conjunta de uno y otro tipo de intereses, no es argumento para rechazar la inscripción pretendida, pues tal doctrina, como precisara la Resolución de 18 de diciembre de 1999, no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, mas, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria —dentro de los máximos legales—, aun cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios también de los cinco últimos años, si así procediera por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de los límites dichos.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso en cuanto al defecto señalado con el ordinal 3.º de la nota recurrida, revocando en cuanto a él el auto apelado y la nota de calificación, y desestimarlos en cuanto al resto.

Madrid, 17 de marzo de 2000.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

COMENTARIO

La DGRN resuelve sobre tres cuestiones que sugieren los siguientes comentarios:

1. Se plantea la cuestión de si el recurso gubernativo es cauce o medio idóneo para intentar la rectificación de un asiento ya practicado por el Registrador.

En efecto, en el caso descrito, el Registrador calificó los documentos presentados y practicó un asiento de inscripción de hipoteca en garantía de

obligaciones futuras conforme a los artículos 142 y 143 LH, y el recurrente interpone recurso gubernativo porque no está de acuerdo con la calificación del Registrador y el correspondiente asiento practicado.

La DGRN, con muy buen criterio, recuerda que el recurso gubernativo no es el medio adecuado para rectificar asientos ya practicados, y que éste debe reservarse contra la calificación negativa o suspensiva del Registrador.

Esta idea no puede ser más clara debido a que los asientos, una vez practicados, están bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1 LH), producen todos sus efectos, y sólo pueden ser rectificadas o anuladas por éstos, sin que el recurso gubernativo sea medio para lograr tal rectificación. Esta es la doctrina que la DGRN ha mantenido siempre, como lo confirman, por ejemplo, las siguientes Resoluciones: 30 de abril de 1880, 9 de enero de 1923, 4 de junio de 1924, 17 de septiembre de 1927, 13 de mayo de 1930, 27 de septiembre de 1930, 11 de abril de 1935, 16 de junio de 1935, 22 de enero de 1944, 8 de mayo de 1946, 16 de junio de 1948, 4 de diciembre de 1950, 14 de noviembre de 1959, 9 de agosto de 1955, 2 de marzo de 1962, 11 de noviembre de 1970, 28 de mayo de 1971, 17 de abril de 1971 DGRN. Y STS:

La DGRN, sin embargo, admite el recurso, pues considera que se interpone contra la calificación negativa del Registrador, por rechazar éste la inscripción de ciertos datos que se desprenden del título presentado (entrega de dinero). Creo que se trata de una interpretación bastante benévola por parte de la Dirección, ya que la falta de constancia de esas circunstancias (entrega) es lo que hace que el Registrador califique y practique el asiento correspondiente de la manera que lo hace y no de otra, y no tanto la «omisión de circunstancias del título en un caso de inscripción parcial negativa, claramente recurrible».

2. Relacionado con lo que se acaba de decir, lo que realmente se discute en este recurso es el hecho de si se ha producido la entrega real y efectiva del dinero, objeto del contrato de préstamo entre la entidad crediticia (prestamista) y el particular (prestatario), y con ella la perfección del contrato, o si, por el contrario, al no producirse ésta, no se perfeccionó el contrato de préstamo, y corresponde practicar, entonces, una inscripción de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, tal y como hace el Registrador. Este es, a mi juicio, el tema fundamental sobre el que resuelve la Dirección General, y el que comentaré más extensamente a continuación.

3. Por último, se discute sobre la negativa del Registrador a inscribir parcialmente la garantía de los intereses moratorios por sobrepasar ésta los límites establecidos en el artículo 114 LH (cinco anualidades), y que engloba tanto a los intereses moratorios como a los ordinarios. Me remito al comentario hecho a la Resolución de 18 de diciembre de 1999, donde se abordó esta misma cuestión, y cuya doctrina es repetida por la presente resolución, en el sentido de que no hay que englobar en los límites del 114 LH a ambos tipos de intereses, pues tienen naturaleza y función muy distintas.

Hechos estos tres planteamientos, considero oportuno detenerme en el examen de la segunda de las cuestiones planteadas, por ser la que me parece más relevante y controvertida de las tres. En concreto, habrá que examinar si es correcta la calificación del Registrador, y consecuente inscripción de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, cuando dicha hipoteca asegura un contrato de préstamo convenido entre dos partes, en el que no resulta claro si se ha producido la efectiva entrega del dinero, objeto del contrato.

Esta cuestión tiene importancia para determinar si el contrato de préstamo se ha perfeccionado, está completo. Si así fuera, la hipoteca que lo garantiza sería una hipoteca ordinaria. Si por el contrario, no se ha perfeccionado el contrato de préstamo, la hipoteca que lo asegura debería ser una hipoteca en garantía de obligaciones futuras.

Luego, el problema es: ¿Cuándo se perfecciona el contrato de préstamo? Existen dos tesis diferenciadas en torno a esta materia:

1. Tradicionalmente, desde el Derecho romano, se ha mantenido por la doctrina y jurisprudencia la tesis del carácter real del contrato de préstamo. Esto implica que para que se perfeccione es necesaria la entrega real y efectiva de la cosa (en este caso de préstamo de consumo —mutuo—, se trata de dinero). Así lo mantiene CASTÁN TOBEÑAS (1), ALBALADEJO (2), y con matices Díez PICAZO (3), entre otros, y 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, 11 de junio de 1999; y, por último, es lo que parece desprenderse del artículo 1.740 del Código Civil cuando dice 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».

Según esta tesis sólo existe contrato de préstamo con la entrega real y efectiva de la cosa, lo que equivale a que la misma esté a la libre disposición del prestatario; esa entrega es necesaria y elemento indispensable para la existencia del contrato, porque sólo ella implica el nacimiento de la única obligación que genera el mismo: la devolución o restitución de la cosa dada. Si no existe entrega (puesta a disposición efectiva de la cosa), no existe obligación de devolverla (contenido típico del contrato), y por tanto no hay tal contrato de préstamo.

(1) 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 1.704 del Código Civil».

(2) 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.

(3) 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.

Si se sigue esta teoría, que parece que es lo que sostiene el Registrador en el caso que se examina, será necesario, entonces, para que haya contrato de préstamo, la entrega de la cosa, y que esa entrega sea real y efectiva. Luego, y en el caso que se discute, la declaración de haber recibido la cosa no basta para perfeccionar el contrato, pues de los hechos que se siguen se demuestra que no se ha producido la entrega real y efectiva al ceder el prestatario al depositante todos sus derechos sobre la cuenta especial en la que se ha depositado el dinero prestado, hasta que se cumpla las condiciones pactadas de entrega de los documentos que acrediten la inscripción del préstamo hipotecario y la certificación de cargas de la finca hipotecada.

Consecuentemente, y hasta que no se cumplan esas condiciones, el prestatario no puede disponer efectivamente de su dinero, por tanto no hay efectiva entrega, y no se genera, todavía, la obligación de restituir, y en consecuencia, no existe, todavía, contrato de préstamo. Luego, la hipoteca que garantiza ese contrato de préstamo futuro o pendiente condición debería ser una hipoteca en garantía de obligaciones futuras, pues éstas no han nacido todavía, tal y como califica el Registrador.

2. Sin embargo, frente a la tesis del carácter real del contrato de préstamo, se alzan voces en la doctrina que abogan por la naturaleza consensual de dicho contrato. Es decir, la entrega no es el elemento necesario para su perfección, sino que éste puede quedar perfecto con la sola voluntad de las dos partes (como la mayoría de los contratos), y la efectiva entrega pasa a ser un requisito más de eficacia o ejecución de dicho contrato ya perfecto.

Si existe una separación entre el consentimiento y la entrega en el tiempo, antes de producirse ésta, para los defensores del carácter real del préstamo, habrá un contrato de promesa de préstamo, y con la entrega se perfeccionará o llegará a existir el verdadero contrato de préstamo. Por el contrario, para los defensores de la naturaleza consensual, aunque no haya entrega, existirá un contrato de préstamo perfecto (con las voluntades), y la entrega supondrá la eficacia o ejecución plena del contrato.

Entre los autores que defienden el carácter consensual del contrato de préstamo, se encuentran: ALGUER (4), JORDANO BAREA (5), PUIG BRUTAU (6), ROCA

(4) 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».

(5) 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 préstamo. 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».

(6) 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

SASTRE (7) y GONZÁLEZ PALOMINO (8), entre otros. Incluso algunos autores que, en un principio, recogen la doctrina tradicional y lo califican como contrato real, empiezan a poner de relieve ideas más próximas al carácter consensual, e indican la necesidad de revisar los viejos postulados (DÍEZ PICAZO, LACRUZ) (9).

Según estos autores, y en el caso que analizamos, el contrato de préstamo estaría perfecto con las declaraciones de voluntad de ambas partes, y por tanto con la oferta de la entidad crediticia y la aceptación del prestatario, que se puede equiparar a esa declaración de haber recibido (y por lo tanto aceptado) el dinero. Así, el contrato de préstamo consensual ya ha nacido, es perfecto, y el hecho de la indisponibilidad del dinero (falta de entrega efectiva) no influirá en el nacimiento del contrato, y sí sólo en su posterior eficacia o efectiva ejecución. ¿Cómo debería ser la hipoteca que garantiza este contrato de préstamo? En principio, parece que sería una hipoteca ordinaria, porque si el contrato ya existe y es perfecto, la hipoteca que lo asegure será ordinaria o de tráfico, por lo que la calificación y posterior inscripción que lleva a cabo el Registrador sería errónea. No obstante, creo que a este razonamiento pueden hacerse las siguientes objeciones.

La hipoteca nace para asegurar el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104 LH), y en el contrato de préstamo, la obligación para cuya seguridad es constituida es, precisamente, la devolución o restitución del dinero prestado, obligación que sólo nace tras la efectiva entrega de la cosa, independientemente de que esto sea requisito de existencia y perfeccionamiento del contrato, o de que sólo lo sea de su eficacia. En este sentido, encontramos las palabras de autores que, aun defendiendo el carácter consensual del mutuo, admiten que la obligación de restituir sólo aparece tras la entrega, por ejemplo, JORDANO BAREA (10) dice que el acto de la entrega no es elemento perfeccionador del contrato de mutuo, pero, sin embargo admite

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.

(7) ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, 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».

(8) 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.

(9) 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).

(10) JORDANO BAREA, «La categoría de los contratos reales», *ob. cit.*, pág. 117.

que es «cierto que sin entrega, el comodatario, mutuario, depositario, etc., no podrán ser obligados a restituir...»; ALGUER (11) sostiene que «es ocioso discutir sobre si la obligación de restituir puede o no surgir antes de la entrega. A tenor del contrato es evidente que no, pues es lo conforme a la intención de las partes y a la naturaleza de las cosas»; y por último, GONZÁLEZ PALOMINO (12) mantiene que «evidentemente, la obligación de devolver una cosa no puede surgir sin una previa entrega...» Luego, aunque el contrato se perfeccione por la sola voluntad de las partes, sin necesidad de entrega, hasta que ésta no se produce, no nace la obligación de restituir (que es la que asegura la hipoteca), y por tanto, la hipoteca que garantiza ese contrato sólo puede ser de seguridad, o en garantía de obligaciones futuras o de obligaciones sometidas a condición suspensiva, porque ese contrato no producirá efectos, su eficacia se retrasa (aunque esté perfecto) al cumplimiento de una condición: la efectiva entrega, y sólo entonces nacerá la obligación garantizada con la hipoteca, que no es otra que la restitución de la cantidad prestada.

Luego, aunque se defienda esta segunda tesis, considero adecuada la calificación del Registrador, corroborada por la DGRN, y la correspondiente práctica de la inscripción de la hipoteca conforme a las reglas de los artículos 142 y 143 LH: hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sometidas a condición suspensiva.

Dejando así planteadas las cosas, creo que la situación que se describe en el caso es distinta. Se parte de la tesis de la naturaleza real del contrato de préstamo (pues ambas partes —Registrador y recurrente— consideran necesaria la entrega de la cosa). La cuestión que se debate es, entonces, qué debe entenderse por entrega efectiva de la cosa. Sólo así se sabrá si el contrato está perfecto o no, y, consecuentemente, si ha nacido o no la obligación garantizada con hipoteca, y cómo debe inscribirse ésta: como hipoteca en garantía de obligaciones futuras, o como hipoteca ordinaria.

El Registrador y la DGRN consideran que la entrega de la cosa debe ser la efectiva y real puesta a disposición, de manera que el prestatario adquiere su propiedad y puede, en consecuencia, disponer libremente. Según este criterio, aquí no existe efectiva entrega porque la misma se encuentra sometida a dos condiciones, y mientras no se cumpla, el dinero queda en manos de la entidad financiera que puede disponer de él. Al no haber efectiva entrega, y quedar ésta sujeta a condición, no hay obligación de restituir, que sólo nacerá en un futuro cuando se produzca la entrega real al cumplirse las condiciones establecidas. Luego, corresponderá practicar una inscripción de hipoteca en garantía de obligación futura.

El procurador defiende, por el contrario, que la declaración del prestatario de haber recibido el dinero y el consiguiente depósito del mismo en cuenta especial equivale a la efectiva entrega. Por lo tanto, el contrato se habría perfeccionado; ya habría nacido la obligación de restituir, y consecuentemente la hipoteca que la garantizase debería ser ordinaria.

Sin embargo, no creo que pueda considerarse como entrega real y efectiva de dinero el depósito aquí descrito, porque el prestamista no puede disponer libremente de él (cede todos sus derechos sobre el mismo a favor de la Caja

(11) ALGUER, «Para la crítica del concepto de precontrato», *ob. cit.*, pág. 6.

(12) GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», *ob. cit.*, págs. 277 y sigs.

de Ahorros). Por otra parte, no se puede decir que haya tampoco un verdadero depósito (como sostiene el recurrente), pues fue el banco el que lo impuso hasta que se cumplieran las condiciones (luego, ya no cumple el requisito de voluntariedad), y además, el prestatario no puede exigir la devolución de la cosa al depositante en cualquier momento, si no sólo al presentar los documentos requeridos.

En consecuencia, no puede decirse que exista un contrato de préstamo más uno de depósito, sino uno de préstamo con entrega diferida o condicionada, lo que, desde luego, ocasiona que la hipoteca que lo asegure sea calificada como hipoteca de seguridad, y se practique su inscripción conforme a los artículos 142-143 LH, tal y como entiende el Registrador y corrobora acertadamente la DGRN.

M. G. R. A.