

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7888 *Resolución de 15 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de propiedad de Villacarrillo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Gonzalo Largacha Lamela, notario de Valdepeñas, contra la nota de calificación del registrador de Propiedad de Villacarrillo, don Francisco Manuel Galán Quesada, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día el día 10 de marzo de 2016 por el notario de Valdepeñas, don Gonzalo Largacha Lamela, número 221 de protocolo, se formalizó un préstamo hipotecario para financiar el pago del precio de adquisición de la vivienda habitual del prestatario que en tal escritura se describe perteneciente al Registro de la Propiedad de Villacarrillo.

II

Dicha escritura fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Visto por Don Francisco Manuel Galán Quesada. Registrador de la Propiedad de Villacarrillo, Provincia de Jaén, el procedimiento registral identificado con los números de entrada 794/2016, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, de los documentos que se dirán, en virtud de solicitud de inscripción.–En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: Hechos I.–El documento objeto de la presente calificación, una escritura otorgada en Valdepeñas, el día diez de Marzo de dos mil dieciséis, por Doña Don Gonzalo Largacha Lamela, protocolo 221, fue presentado por P. A., Gestión Jurídica S.E.P. presentada telemáticamente a las 14:50 horas el día diez de Marzo de este año, asiento 1438 del Diario 167.–II.–En dicho documento se ha observado la siguiente circunstancia que ha sido objeto de calificación desfavorable: 1.–En la cláusula tercera bis, tipo de interés negativo, se hace constar: «En el supuesto de que en la fecha de revisión del tipo de interés aplicable al préstamo, el tipo de interés de referencia sea inferior a 0, en ningún caso devengaran intereses favorables para la parte prestataria»; y haciendo constar en la cláusula primera que el préstamo se destinara a la adquisición de vivienda habitual, no se inserta a la escritura manuscrito por parte de la parte prestataria e hipotecante.–2.–No se expresará en la inscripción las siguientes cláusulas: Cláusula segunda, apartado 2.2. Cuotas, en su párrafo tercero desde «aplicando la siguiente fórmula hasta Signo exponencial»: todo el apartado 2.3. Amortización anticipada: cláusula tercera, todo el párrafo tercero, desde «La fórmula utilizada hasta que el año tiene 360 días»: toda la cláusula Cuarta bis.–Tasa anual equivalente y Quinta.–Gastos a cargo de la parte prestataria: en la cláusula sexta bis en el apartado a), desde «no se inscribiera hasta de esta escritura, o», apartados d), del apartado e). no se expresa impuestos, arbitrios y tasas: y los apartados f), g), j), k), l) m) y n); en la cláusula Décima.–Seguro, en el apartado a), no se expresa desde «la cual, ocurrido hasta la fecha del siniestro»; toda las cláusulas undécima.–Domicilio de pago; decimotercera.–Compensación; decimocuarta.–Otros Pactos; decimoquinta.–Copias, subsanaciones y descalificaciones; decimosexta.–

Tratamiento de datos de carácter personal; decimoséptima y decimooctava.–Cesión del Crédito.–Al anterior hecho, es de aplicación lo siguiente: Fundamentos de Derecho 1.–Código Civil: artículos 6, 1255 y 1218; Ley Hipotecaria: artículos 12, 18, 19 bis y 258-2; Ley 1/2013 de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, artículo 6. 2.–Todo lo que se refiere en la cláusula segunda, cuarta bis y quinta, de conformidad con el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario, por lo que se refiere a la cláusula sexta bis, apartados d), k) y n). de conformidad con el artículo 117 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario, y el párrafo segundo del apartado d) además de conformidad con el artículo 1859 del Código Civil: apartados e), f), g), j), l) y m) de conformidad con el artículo 27 de la Ley Hipotecaria; en cuanto al párrafo de la cláusula décima, de conformidad con el artículo 1859 del Código Civil: y las cláusulas undécima.–Domicilio de pago; decimotercera.–Compensación; decimocuarta.–Otros Pactos; decimoquinta.–Copias, subsanaciones y descalificaciones; decimosexta.–Tratamiento de datos de carácter personal; decimoséptima y decimooctava.–Cesión del Crédito, conforme al artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario.–Acuerdo Suspende, la inscripción de la finca objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el Hecho II de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II de la misma nota. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. No cabe, dado el carácter insubsanable de los defectos apreciados, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.–Notifíquese al presentante en persona y al Notario autorizante de la escritura telemáticamente calificado en el plazo máximo de diez días naturales contados desde esta fecha.–Contra la presente nota de calificación (...). Villacarrillo, a 12 de mayo de 2.016. El Registrador (firma ilegible).– Fdo. Francisco Manuel Galán Quesada».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Gonzalo Largacha Lamela, notario de Valdepeñas, interpuso el día 19 de mayo de 2016 recurso ante la Dirección General de Registros y del Notariado, con base en los siguientes argumentos: «(...) Recurso Vamos a desgranar seguidamente los motivos por los que me opongo al primer defecto de la calificación efectuada. 1. La naturaleza del contrato de préstamo con independencia de que la postura que se adopte para configurarse como consensual o como real, que además no nos importa en este caso, lo cierto es que todo el mundo en la doctrina y la jurisprudencia siempre ha coincidido en calificar el contrato de préstamo como conmutativo y no aleatorio. En efecto pensar que en algún momento el prestamista vaya a pagar intereses al prestatario troca la naturaleza del contrato de forma es que este se convierte en aleatorio, y esta aleatoriedad no es una quimera ni un hecho imposible o de muy difícil cumplimiento pues por primera vez en la historia, el índice que sirve de referencia para los interés en la mayoría de las hipotecas el Euribor a un año se encuentra en negativo. 2. Causa y contrato de préstamo. Los contratos, salvo las excepciones en que se admiten los negocios abstractos, han de tener una causa. La causa en el contrato de préstamo es que al prestamista se le devuelva al menos la misma cantidad prestada como capital, si admitiésemos que la parte prestataria pueda recibir intereses entonces llegaríamos a la circunstancia de que si esta situación se prolongase en el tiempo el prestamista podría encontrarse en el supuesto de que podría recibir menos cantidad de la prestada. Y cuando me refiero a la causa lo hago en el sentido de remitirme a la propia esencia del préstamo, me explico, cuando uno deja una cantidad de dinero pretende como mínimo que se le devuelva esa misma cantidad y cuando no es así es porque ya estamos hablando de alguna figura jurídica gratuita como pueda ser una condonación, una remisión, etc, pero no un préstamo. 3. El artículo tres del código civil cuando dice: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes

históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» Al interpretar los fundamentos de derecho de la calificación recurrida tenemos que tener muy presente este artículo, el cual aunque no lo diga expresamente y siguiendo la tradición grecolatina que impera en nuestra cultura debe entenderse que tácitamente se refiere para interpretar las normas aplicando el sentido común, el cual nos indica que cuando una persona, sea física o jurídica, presta una cantidad de dinero a otra persona, sea esta física o jurídica, espera que por lo menos le devuelva la misma cantidad de dinero y no pagar cantidad alguna a aquel a quien se ha prestado dinero. Es una cosa que toda la sociedad había dado por sentado hasta este momento en el que parece que hay que proteger al deudor hipotecario en cualquier caso y aún contra toda la lógica y aunque vaya en contra de las normas más elementales de la lógica. Además uno de los criterios para interpretar todas las normas, pues el artículo 3 de Código Civil es aplicable a todo el ordenamiento y no sólo a las normas civiles, son los antecedentes históricos y legislativos y no hay ni un solo ejemplo ni en el Derecho romano ni en el canónico, ni las Partidas o el Fuero Juzgo que prevean que por algún motivo el prestamista deba pagar al prestatario cantidad alguna. 4-El contrato de préstamo siempre se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia como oneroso para el prestatario si lleva interés pero nunca para el prestamista, entender que este tiene que pagar interés sería tanto como convertirlo oneroso para el prestamista, circunstancia que tampoco está ni ha estado nunca contemplada en nuestro ordenamiento jurídico ya desde los precedentes más remotos que son el Derecho Romano. 5- Las normas que regulan y definen el préstamo y el interés tanto civiles como Mercantiles, así dice el Código Civil: Artículo 1754: La obligación del que toma dinero a préstamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.170 de este Código. Si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio. Artículo 1755: No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado. Artículo 1756: El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital. Y dice el Código de Comercio: Artículo 312: Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de la devolución, salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiese experimentado su valor, será en daño o en beneficio del prestador. Artículo 314: Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito. Como se ve nuestro cuerpo legal tanto en el ámbito civil como en el Mercantil prevén que si no se ha pactado nada expresamente los préstamos no devengarán interés siempre referidos para el prestatario que es quien se sobreentiende, y siempre ha sido así que debe pagar el precio. 6-Entender que el prestamista deba pagar intereses supone de iure transformar, temporalmente mientras nos encontremos en esta situación, el contrato de préstamo en un contrato de depósito que es una cosa que en ningún caso ha sido querida ni puede presumirse querida por las partes. 7-Si la entidad bancaria paga interés al deudor hipotecario se transformaría el contrato de préstamo con hipoteca en un negocio de carácter gratuito para el prestatario, circunstancia que no puede casar en ningún caso con los contratos mercantiles que como ha venido reconociendo la doctrina desde tiempo inmemorial buscan siempre y en todo caso el lucro. No puede presumirse que cuando una entidad mercantil presta una cantidad de dinero como actividad habitual no sólo no quiera buscar el lucro sino que además de renunciar a esa circunstancia entrega una cantidad de dinero a la prestataria y a título gratuito en concepto de interés (...).

IV

El registrador emitió informe el día 5 de junio de 2016, manteniendo su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 6, 1218 y 1255 del Código Civil; 12, 18, 19 bis y 258.2 de la Ley Hipotecaria; 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; 317.2.º y 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 5, 6, 7, 8, 9, 22, 23 y 25 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; 80, 82, 83, 84, 85 y 87 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 1, 17 bis, 24 y 25 de la Ley del Notariado; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –transpuesta al ordenamiento español mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007–; la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; los artículos 7, 9, 51, 127 y 220 del Reglamento Hipotecario; 147, 193 y 194 del Reglamento Notarial; 24, 25, 26 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08), 14 de junio de 2012 (C-618/10), 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11) y 21 de enero de 2015 (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13); las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 10 de marzo de 2010, 18 de junio de 2012, 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014 y 25 de marzo y 22 de abril de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010, 18 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero, 16 y 27 de febrero, 20 y 28 de junio y 18, 26 y 27 de julio de 2012, 2 de enero, 2 de marzo, 1 de junio, 1 y 11 de julio, 6 y 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 5 de febrero, 18 de febrero, 23 de julio, 29 de septiembre y 3, 6 y 9 de octubre de 2014, y 22 de enero, 12 marzo, 28 de abril, 22 de julio, 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015.

1. El presente expediente se refiere a una escritura de préstamo hipotecario entre una entidad de crédito y personas físicas en el que la finca gravada es una vivienda que se va a destinar a su domicilio habitual, constando en su cláusula tercera-bis -tipo de interés variable-, que: «En el supuesto de que en la fecha de revisión del tipo de interés aplicable al préstamo, el tipo de interés de referencia sea inferior a 0, en ningún caso devengarán intereses favorables para la parte prestataria».

Por tanto, la cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, es decir, que no podrá recibir importe alguno como en tales supuestos, es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma.

2. El notario recurrente alega en favor de la no necesidad de la expresión manuscrita en este caso, que el préstamo por naturaleza puede ser gratuito, si no devenga intereses, u oneroso, si los devenga a favor del prestamista; pero nunca puede devengar intereses a favor del prestatario porque en tal circunstancia se estaría alterando la naturaleza jurídica del contrato que dejaría de ser un préstamo mutuo para convertirse en otro tipo de contrato. Por tanto, afirma el recurrente, una cláusula como la discutida que lo que señala es que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor, no constituye una cláusula contractual de suelo del cero por ciento sino una cláusula de tipo legal o aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo formalizado de común acuerdo entre ambas partes, que señala que el préstamo nunca devengará intereses a favor del prestatario, pero porque así lo indica la ley, es decir, sin que se pacte un tipo fijo mínimo.

Igualmente señala el notario que el contrato de préstamo es un contrato conmutativo y no aleatorio, por lo que pensar que en algún momento el prestamista vaya a pagar intereses al prestatario troca la naturaleza del contrato de forma es que este se convierte en aleatorio, y esta aleatoriedad no es una quimera ni un hecho imposible o de muy difícil cumplimiento pues por primera vez en la historia, el índice que sirve de referencia para los interés en la mayoría de las hipotecas el Euribor a un año se encuentra en negativo.

3. El precepto objeto de debate -artículo 6 de la Ley 1/2013- dispone lo siguiente: «1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas».

Por su parte, el Banco de España, en el Anexo 9 de la guía de acceso al préstamo hipotecario de julio de 2013, ya ha determinado los términos de tal expresión al fijar como modelo la siguiente fórmula ritual: «...he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que... el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]».

Al interpretar esta norma debe tenerse en cuenta que se ubica en el Capítulo II de la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, bajo la rúbrica del «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios», artículo que como expresa el Preámbulo de la Ley, introduce mejoras en el mercado hipotecario que se adoptan «como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993». Se trata de una declaración de indudable valor interpretativo que, como señala la Resolución de este Centro Directivo de 12 de marzo de 2015, debe ponerse en relación con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la citada Sentencia de 14 de marzo de 2013, y con la propia jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Supremo respecto de las normas de nuestro Derecho interno a través de las que se ha traspuesto en nuestro ordenamiento la citada Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (especialmente la relevante doctrina sentada por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo), de la que, a su vez, se ha hecho eco la doctrina de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente).

Una cuestión semejante referida al marco de aplicación del citado artículo 6 de la Ley 1/2013 y los supuestos en que se hace necesario exigir la denominada expresión manuscrita del prestatario, ya fue abordada por este Centro Directivo en la citada Resolución de 12 de marzo de 2015, distinguiendo los distintos ámbitos del control de inclusión, de transparencia y de abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, resolución a la que se remite la presente y cuya doctrina se resume en los números siguientes, siguiendo el criterio ya recogido en las Resoluciones de 8 y 27 de octubre y de 10 de diciembre de 2015.

4. Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 5 de febrero de 2014, la valoración de las denominadas «cláusulas suelo» se incardina en el ámbito del control de inclusión y de transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, pues se trata de un control previo al del contenido o abusividad, cuyo análisis

en relación con las cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios relativos al objeto principal del contrato, y en particular en relación con las cláusulas de interés variable y las relativas a su composición o determinación, o las cláusulas a ellas asociadas (como en el caso de los contratos o cláusulas de cobertura del riesgo de los intereses variables) ha sido abordada en profundidad por nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, en las Sentencias número 241/2013, de 9 de mayo, y otras posteriores como la número 464/2014, de 8 de septiembre y la más reciente (Pleno de la Sala Civil) número 139/2015, de 25 de marzo. Partiendo de que las cláusulas que disciplinan contractualmente los intereses variables y las determinaciones accesorias que influyen en su fijación o variación, incluyendo cualquier elemento de coste financiero que vaya asociado al mismo, deben entenderse incluidos en el concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido que da a tal expresión la citada Sentencia 241/2013 de 9 de mayo de la misma («forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario»), en cuanto resulta relevante en la resolución del presente expediente, interesa subrayar los siguientes pronunciamientos de la primera de las citadas Sentencias: a) como regla general no cabe el control de equilibrio de estas cláusulas, porque el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones» que se identifica con el objeto principal del contrato, de tal forma que no cabe un control de precio, y b) El hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de inclusión y transparencia.

Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la Resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2013, no sólo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. En este sentido, la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, reconociendo que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, añade que «también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta», a lo que añade la citada Sentencia que «el artículo 4-2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», precepto del que extrae a contrario sensu que «las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se someten a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible».

Esta obligación de claridad y transparencia se controla a través de un doble filtro. El primero es aplicable a todo contrato con condiciones generales de la contratación, con independencia de que en el mismo intervenga o no un consumidor, a través del llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula al contrato (vid. artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación). El segundo filtro, limitado al caso de los contratos con consumidores, se articula a través del control de transparencia, en relación con el cual la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 es elocuente al afirmar que «el artículo 80.1 TRLCU dispone que «en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido», lo que permite concluir que el control de transparencia «cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la ‘carga económica’ que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o

elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Añadiendo que «en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

La importancia de este segundo control de transparencia en relación con las cláusulas no negociadas individualmente relativas al objeto principal del contrato se pone de manifiesto en las conclusiones alcanzadas por el Alto Tribunal: «a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».

Como afirma la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, «el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)». Y añade esta Sentencia que «(...) el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales [...] el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)».

La caracterización básica que define el control de transparencia, como ha puesto de manifiesto la doctrina y resulta especialmente de las expresadas Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014, responde a la expansión conceptual del principio de buena fe, como presupuesto tanto del control de eficacia de las condiciones generales, como de fuente de creación de especiales deberes por parte del predisponente, que, por ejemplo, en este ámbito de las cláusulas limitativas de los tipos de interés se proyectarían en una adecuada diferenciación de las mismas a través de sus inclusiones en una cláusula propia, o su indicación en párrafo separado y con letras en negrita, mayúsculas o subrayado, lo que no ha tenido lugar en este caso.

A la luz de estos claros criterios jurisprudenciales se debe realizar la valoración del defecto opuesto en la calificación impugnada, pues, como se ha expuesto, la expresión manuscrita a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, está relacionada con los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en las citadas Sentencias.

5. Pues bien, es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya interpretación se ha de hacer partiendo del contexto legal y jurisprudencial, nacional y comunitario, que se ha expuesto en el precedente fundamentado, contexto que condicionan la validez de las cláusulas hipotecarias al cumplimiento de los requisitos legales tendentes a asegurar una comprensibilidad real de las mismas por parte del prestatario. Es decir, frente a la opinión de quienes defienden una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (vid. Resolución de 29 de septiembre de 2014).

El control de inclusión o incorporación al contrato de las cláusulas de los contratos sobre servicios financieros que revistan caracteres de condición general de la contratación, viene regulado en la actualidad por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que impone determinados deberes de información a las entidades prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura, que de forma sintética, comienzan por la entrega al solicitante de una guía del préstamo hipotecario (artículo 20), sigue con la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) (artículo 21), continua luego con la Ficha de Información Personalizada (FIPER) que incluye las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés) (artículos 22, 24 y 25) y con la oferta vinculante que incluye las mismas condiciones financieras (artículo 23), más el posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento (artículo 30.2) y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir, entre otras, sobre las circunstancias del interés variable, de las limitaciones del tipo de interés y, especialmente, si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja (artículo 30.3).

El cumplimiento de este proceso de contratación es considerado por el Alto Tribunal como suficiente para entender cumplido el control de incorporación, sin embargo, no considera el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 que la información que se facilita en los términos del proceso de negociación indicados cubra las exigencias del control de transparencia, ni las positivas de conocimiento real, completo y efectivo por el adherente, al tiempo de la celebración del contrato, de las consecuencias económicas y jurídicas de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, ni las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación).

En definitiva, las conclusiones que se extraen de estas sentencias del Tribunal Supremo, en cuanto a lo que ahora nos interesa, se pueden sintetizar señalando que: a) los intereses del préstamo oneroso constituyen el precio que debe pagar el prestatario y, por tanto, si se pactan, son un elemento esencial del contrato, y el mismo carácter tendrán las cláusulas limitativas de los intereses en cuanto que son elementos configuradores de dicho precio e inescindibles del mismo; b) Las cláusulas limitativas de la variabilidad de los intereses, aunque tengan el carácter de condición general de la contratación, al ser definitorias del objeto principal del contrato –el precio–, no admiten un control de abusividad, basado en el posible desequilibrio de las prestaciones, pero sí quedan sometidas al doble control de incorporación y transparencia; c) El cumplimiento de la regulación legal del proceso de concesión de los préstamos hipotecarios (entonces la Orden de 5 de mayo de 1994) satisface los requisitos exigidos por la Ley sobre condiciones generales de la contratación para la incorporación de las condiciones generales de la contratación a los contrato suscritos con consumidores; pero no supera el necesario

control de transparencia que implica la existencia de una comprensibilidad real del prestatario acerca de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo razonable del contrato, ya que no se resalta adecuadamente -en los modelos analizados- su trascendencia y efectos, y se insertan de forma conjunta con otras estipulaciones que las enmascaran, y d) Las cláusulas limitativas de la variabilidad de los intereses son lícitas y, por tanto, no abusivas por sí mismas ya que corresponde al profesional fijar al interés al que presta el dinero, pero sí se considerarán abusivas y, por tanto, nulas, si falta el requisito de la transparencia.

Por ello, para asegurar la existencia de dicha transparencia, el referido artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha regulado, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, un requisito especial: la expresión manuscrita del prestatario acerca de su real comprensión del riesgo que asume, para que se pueda entender cumplida la necesaria transparencia respecto de las cláusulas de mayor trascendencia y dificultad cognoscitiva contenidas en este tipo de contratos, como son las que limitan la variabilidad del tipo de interés, las que lo sujetan a un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o las denominadas cláusulas multidivisa.

Y este requisito, como ponen de manifiesto las Resoluciones de 12 de marzo, 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015, es de carácter imperativo dada la literalidad del citado artículo 6 que utiliza la expresión «se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita...», por lo que la alegación de que al no fijar dicha norma de manera expresa los efectos de su incumplimiento, la falta de la expresión manuscrita no debe impedir la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, no puede admitirse. Respecto de la no inscripción de la propia cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés porque su nulidad derivaría de la declaración general que en tal sentido realiza el artículo 8.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación en relación con las cláusulas predispuestas que contradigan una norma imperativa y el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con las cláusulas abusivas, dado que la falta de la expresión manuscrita provoca la ausencia de transparencia de la estipulación y, en consecuencia, su abusividad en los términos señalados por el Tribunal Supremo. Y respecto de la escritura de préstamo hipotecario porque estas cláusulas de tipo suelo y similares configuran un objeto principal de los préstamos onerosos, como es el interés o precio, y, en consecuencia, la obligación de pago de intereses remuneratorios garantizada por la hipoteca, por lo que para la inscripción parcial de la escritura sin tales cláusulas, se precisa la solicitud expresa de los interesados (vid. artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 18 de febrero de 2014, entre otras).

6. Así planteados los términos del debate, la alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida que señala que «en el supuesto de que en la fecha de revisión del tipo de interés aplicable al préstamo, el tipo de interés de referencia sea inferior a 0, en ningún caso devengarán intereses favorables para la parte prestataria», no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera, éste no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse.

Ello es así porque a los efectos de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 es irrelevante que la concurrencia de intereses negativos durante un determinado período del contrato, altere la naturaleza jurídica de éste convirtiéndole, por ejemplo, en un contrato de depósito retribuido; o que, por el contrario, al tratarse de un contrato de larga duración y constituir el interés, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, el precio de préstamo, tal posibilidad sea únicamente una forma acordada por las partes de fijar el precio final, el cual gozará de cierta aleatoriedad (la fluctuación del interés) y vendrá constituido por el montante neto de los intereses devengados al término del contrato, montante que sí deberá ser siempre positivo. Es decir, el citado artículo 6 deberá aplicarse,

tanto si se considera que la cláusula de variabilidad del interés no es suficiente para generar una obligación de pago por parte del prestamista (los intereses negativos), como si se entiende, en el segundo caso, que los intereses que finalmente pague el prestatario serán una consecuencia de la propia operatividad de la variabilidad de los mismos, la cual se asemeja, en cierta medida, a la de los instrumentos estructurados, cuya contratación asociada a un préstamo hipotecario, por otra parte y como se infiere del propio artículo 6, no altera la naturaleza jurídica del préstamo ni excluye la necesidad de la expresión manuscrita sino que la impone especialmente.

La alegación por el recurrente del carácter conmutativo y no aleatorio del préstamo como fundamento para excluir la exigencia de la expresión manuscrita, no se considera argumento válido porque, siendo ello cierto respecto de los préstamos a tipo fijo, precisamente el ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 gira en torno a aquellos tipos de préstamos en que concurre una cierta aleatoriedad: interés variable, fluctuación de las divisas o derivado financiero asociado.

Lo que sí es posible interpretar es que con esta cláusula se quiere significar que existirán unos períodos del préstamo en los que el contrato devengará intereses y otros en los cuales no concurrirá tal devengo, posibilidad que se infiere del artículo 1740 del Código Civil, determinándose por dicha cláusula cuándo tiene lugar esta circunstancia. Pero, aunque este fuere el caso, y reconociendo que en dicha situación no nos encontraríamos propiamente ante una cláusula suelo, la propia complejidad de la situación que se genera, como ponen de manifiesto las distintas tesis explicativas acerca de su naturaleza y efectos, reconducen el tema al marco del control de transparencia o comprensibilidad del deudor.

Por tanto, si el prestamista, en ejercicio de su legítimo derecho, predispone una cláusula que limite o excluya tal posibilidad, aunque sea a efectos aclaratorios, su incorporación al contrato de préstamo hipotecario exigirá, por disposición legal imperativa y como canon de transparencia, la aportación de la repetida expresión manuscrita. Además, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señala, como ya se ha indicado anteriormente, que el control de transparencia tiene por objeto «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica «tanto en los presupuestos o elementos típicos» que configuran el contrato celebrado, «como en la asignación o distribución de los riesgos» de la ejecución o desarrollo del mismo», es decir, que tal control de transparencia y el cumplimiento de sus requisitos legales, cuya finalidad es logra la certeza de que el prestatario ha comprendido las consecuencias económicas y jurídicas del contrato que firma y de sus cláusulas asociadas, operan tanto si la limitación a la variabilidad de los intereses a la baja resulta de un pacto expreso del tipo cláusula suelo, como si la misma deriva, en determinados supuestos, de la propia naturaleza o tipicidad del contrato de préstamo o de un pacto de exclusión de devengo de intereses, sin perjuicio de que, en tales casos, la denominada expresión manuscrita pueda ser objeto de la correspondiente adaptación.

La afirmación acerca de que la cláusula debatida no constituye una auténtica cláusula suelo y que, por tanto, la literalidad del artículo 6 excluirá el requisito a que se viene haciendo referencia, tampoco merece una consideración favorable porque, aun siendo correcto que tal estipulación no constituye propiamente una cláusula suelo, independientemente que la aplicación del principio general antes enunciado de la interpretación pro consumidor de las normas que regulan las condiciones generales de la contratación y la protección de los consumidores conduciría a su asimilación; lo cierto es que dicho artículo y sus concordantes no tienen como ámbito de aplicación las cláusulas suelo estrictamente consideradas sino todas aquellas, del tipo que sean, que limiten de alguna forma la variabilidad de los intereses, entre las cuales se encuadra la que es objeto de este expediente que excluye el devengo de intereses cuando los mismos puedan ser negativos. Así, el repetido artículo 6 de la Ley 1/2013 dispone como ámbito de su aplicación las escrituras públicas en que se estipulen «limitaciones a la variabilidad del tipo de

interés», es decir, todas ellas, añadiendo a título de ejemplo «del tipo de las cláusulas suelo y techo»; y el artículo 25 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, en los mismos términos, impone la exigencia de una información adicional por parte del prestamista en el caso de préstamos en que se hubieran establecido «límites a la variación del tipo de interés», añadiendo «como cláusulas suelo o techo», pero no sólo en estos casos estrictamente considerados. Por último, en el mismo sentido, el artículo 30, número, 3 letra b), circunstancia 3.ª de la Orden EHA 2899/2011, regula la información expresa y especial que debe dar el notario autorizante en las escrituras de préstamo hipotecario en que «se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo».

Es cierto, como ya señalaron las Resoluciones de 12 de marzo, 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015, que de «lege ferenda» el control de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias informativas y clarificadoras impuestas por la regulación sectorial, de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor ha podido evaluar directamente, basándose en criterios y explicaciones comprensibles, las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas; añadiendo, si se estima conveniente, que expresamente éste ha manifestado al notario la comprensión de las mismas en los supuestos especiales respecto a los que ahora se exige la expresión manuscrita. Pero como se ha expuesto anteriormente ésta no es la situación legislativa y jurisprudencial vigente en el momento actual.

Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y, por otro lado, constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza; esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 15 de julio de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.