

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

- 11624** *Resolución de 8 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de propiedad de Vitoria n.º 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario, por razón de existir una cláusula suelo del tipo de interés ordinario sin constar haberse aportado la manifestación manuscrita de los prestatarios acerca de que han recibido información adecuada sobre los efectos de la misma.*

En el recurso interpuesto por don Enrique Arana Cañedo-Argüelles, notario de Vitoria, contra la nota de calificación de la registradora de Propiedad de Vitoria número 5, doña María Carolina Martínez Fernández, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por «Kutxabank, S.A.», por razón de existir una cláusula suelo del tipo de interés ordinario sin constar haberse aportado la manifestación manuscrita de los prestatarios acerca de que han recibido información adecuada sobre los efectos de la misma.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 21 de mayo de 2015 por el notario de Vitoria, don Enrique Arana Cañedo-Argüelles, bajo el número 727 de protocolo, don I. V. R. C. y doña M. B. P. I. H. formalizaron un préstamo hipotecario, concedido por «Kutxabank, S.A.», para financiar el pago de parte del precio de adquisición de la vivienda que en tal escritura se describe perteneciente al Registro de la Propiedad de Vitoria número 5.

II

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Vitoria número 5 el día 21 de mayo de 2015, asiento 1629 del Diario 62, entrada 1295/2015, y fue objeto de calificación negativa el día 9 de junio de 2015, con la siguiente nota de calificación: «Doña María Carolina Martínez Fernández, Registradora de la Propiedad de Vitoria N.º 5, previo examen y calificación, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, he resuelto no practicarla inscripción solicitada por defecto conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 62/1629 F. presentación: 21/05/2015 Entrada: 1295 Contenido: hipoteca Autorizante: Enrique Arana Cañedo-Argüelles Protocolo: 727/2015 Hechos y fundamentos de Derecho - Siendo una escritura otorgada con posterioridad al 15 de Mayo de 2013, debe adecuarse a lo dispuesto por la Ley 1/2013 de 14 de mayo de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y por lo tanto, dado que hay interés mínimo, debe constar de forma manuscrita por la parte prestataria que ha sido debidamente advertido y que acepta que el tipo de interés nominal anual resultante final tendrá un límite mínimo (art.º 6 de la reforma). Contra esta nota de calificación se podrá: (...) Vitoria a nueve de junio del año dos mil quince La registradora (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, el notario autorizante, don Enrique Arana Cañedo-Argüelles, mediante escrito, de fecha 9 de julio de 2015, interpuso, dentro del plazo legal, recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, con base

en los siguientes argumentos: «Fundamentos de Derecho: 1.–El art. 6 Ley 1/2013 de 14 de Mayo de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios reestructuración de deuda y alquiler social, literalmente copiado en la parte del mismo que interesa al objeto del presente recurso, es del siguiente tenor literal: (...). 2.–En la mencionada escritura, negativamente calificada en orden a su inscripción, consta la siguiente estipulación financiera, también transcrita en la parte literal de la misma que interesa al presente escrito: “Tercera - bis.–tipo de interés variable 1.º) El tipo de interés nominal anual variará semestralmente, determinándose cada nuevo tipo de interés nominal anual mediante la adición de 1,70 puntos al tipo de referencia ‘euribor a un año’, o ‘Referencia interbancaria a un año’, tipo de referencia oficial, que publica mensualmente el Banco de España en el ‘Boletín Oficial del Estado’ y se tomará para este contrato el correspondiente al mes natural inmediatamente anterior al de la variación. Se define el citado Euribor, según definición formulada por el Banco de España en el anejo 8 de su circular número 5/2012, de 27 de Junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, como la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la federación Bancada Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año, calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. Si por cualquier causa esta referencia Euribor dejara de publicarse, se establece como sustitutivo el tipo de referencia oficial (I.R.P.H.) ‘Entidades en España’, que se publica como ‘Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España’, tomándose el correspondiente al segundo mes anterior al de la variación, en la misma forma, y con la suma del diferencial indicados para el tipo anterior. En el supuesto de que por cualquier causa dejara de publicarse el tipo de referencia anterior, se establece como sustitutivo el tipo de referencia oficial ‘Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años’, tomándose el correspondiente al segundo mes anterior al de la variación en la misma forma que el tipo anterior, y sumándole el margen resultante de incrementar en 1,5 puntos el diferencial indicado para el tipo de referencia pactado en primer lugar. Los tipos de referencia oficiales se publican mensualmente por el Banco de España en el ‘Boletín Oficial del Estado’, y todos los tipos de referencia se publican en las páginas financieras de algunos periódicos de amplia difusión, y en el Boletín Estadístico del B.E. En las revisiones periódicas, la parte prestataria podrá conocer el tipo de referencia consultando cualquiera de los medios indicados para cada tipo. En cualquier caso, cada vez que se produzca una modificación del tipo de interés, Kutxabank comunicará a la parte prestataria el nuevo tipo de interés y el importe de las cuotas resultantes para el período correspondiente, antes de la fecha en que deba realizarse el pago de la primera cuota con el interés modificado, mediante el envío de comunicación escrita al domicilio de la prestataria señalado en esta escritura, salvo que ésta notifique fehacientemente su cambio a Kutxabank. Se entenderá que la prestataria acepta el nuevo tipo aplicable, si no comunica expresamente a Kutxabank su negativa en un plazo de veinte días contados desde la fecha de inicio del período de intereses cuya modificación rechaza. En el supuesto de que la parte prestataria no acepte el nuevo tipo, dispondrá de un plazo de dos meses, a contar desde la fecha de inicio del período de intereses cuya modificación rechaza, para rembolsar el principal del préstamo, que se le liquidará al último tipo aplicado, pudiendo resolver Kutxabank en dicho caso este contrato al término de ese plazo de reembolso, y estando facultada para reclamar capital e intereses y las demás responsabilidades accesorias que acredite. Las partes contratantes convienen expresamente que recaerá sobre la parte prestataria la carga de la prueba de haber efectuado en las fechas convenidas cualquier comunicación a Kutxabank, a cuyo fin solicitará, cuando lo estime oportuno, el pertinente acuse de recibo. Se hace constar expresamente que a pesar de que el tipo de interés de esta operación crediticia es variable, la parte deudora nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés aplicable por debajo del cero (0,00), por lo que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor. La inclusión en la estipulación mencionada del último párrafo transcrito lleva a la

Sra. Registradora de la Propiedad a concluir la existencia del límite en cuanto al mal denominado, aunque conocido y por tanto vulgarmente (en el sentido más literal de la palabra) aceptado 'suelo de la hipoteca', y consecuentemente procede dar exacto y total cumplimiento al precepto legal que invoca.—3.—Como se ha indicado en el encabezamiento de este escrito el suscribiente disiente radicalmente tal opinión, y ello en base a los siguientes consideraciones: Se aprovecha la ocasión del presente recurso, antes de señalar el motivo concreto en el que se basa la discrepancia con el criterio mantenido por la Sra. Registradora, para hacer unas breves consideraciones generales sobre la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo antes citada.—Sin temor a equivocarse puede afirmarse de una manera no muy arriesgada que tal norma no supone un dechado de rigor jurídico. Es más, para el que esto firma, y en cuanto se siente destinatario de la misma, le resulta en extremo vergonzante.—En un ambiente social populista en el que se ponen en entredicho gran parte de los criterios y normativa que hasta ese momento vienen siendo respetados y utilizados para solucionar no pocas problemáticas y alcanzar determinadas metas y bienes jurídicos, se estima como uno de los mayores males que castiga y oprime a la sociedad nuestra vigente regulación hipotecaria. Pocos o ninguno de los beneficios y soluciones que hasta entonces ha aportado, por ejemplo que más del noventa y mucho por ciento de los ciudadanos españoles hayan podido acceder mediante el mismo a la adquisición en propiedad de su propia vivienda, fomentando y facilitando en tal manera una forma de ahorro familiar, durante muchísimos años, sin mayor problema. El hecho de que un porcentaje mínimo de la población, aunque es de justicia reconocerlo de forma dolorosa, se haya visto abocado al desahucio y pérdida de la vivienda, desató todas las iras contra el sistema hipotecario español, reflejándose en numerosas y sucesivas reformas y modificaciones de las normas reguladoras del crédito y del mercado hipotecario, en aras de protección del débil deudor hipotecario, con beneficios y limitaciones en su defensa de toda índole, si bien no todos dignos de una alabanza por su tecnicismos y bondad, y mucho menos por lo infructuoso en el logro de varios de los fines que proponían. En el ámbito de lo notarial y registral estas actuaciones tienen su reflejo, y así, por un lado, hay un progresivo recorte de los aranceles de los profesionales que se ocupan de ello, y por otro, un aumento de su trabajo en orden a la multiplicidad de requisitos que ahora se deben cumplimentar y tramitar, la mayor parte de dudosa o nula utilidad. Las escrituras se vuelven 'kilométricas' a la par que cada vez menos inteligibles. Lo que hace unos años eran unos folios redactados por los notarios, cuyo contenido no exigía un extraordinario esfuerzo para ser comprendido, y que con relativa facilidad éstos leían y explicaban a sus clientes, y éstos últimos, con la misma relativa facilidad llegaban a entenderlos, poco a poco, se han convertido en una colección abigarrada de folios con un contenido, en su mayor parte, absolutamente incomprensible, conteniendo los mismos unos textos redactados con arreglo a minutas exclusivamente realizadas por las propias entidades acreedoras, resultando exagerada, a la par que injustificada, la extensión que alcanza la escritura con los interminables folios que recogen las aludidas minutas, y con cosas tan inútiles como, v gr., hasta cinco folios referentes a la autorización que, respecto a los datos personales resultantes de la operación, pueda dar la entidad bancaria por medios informáticos, los interminables anexos que se unen a la escritura, unos de ellos en aras de la protección de una pretendida transparencia bancaria, reproduciendo cuestiones de una oferta vinculante, que a su vez también ésta, o 'a ficha personalizada' (fiper) se une a la escritura, sin el menor sentido ni utilidad, y muchos menos, por supuesto, inteligibilidad. El coste económico de la escritura se encarece (se suman folios en gran número), pero menos mal, para el sufrido deudor hipotecario y pagador de todos los gastos...), que se han reducido las percepciones de los menos sufridos notarios y registradores encargados de coleccionar y registrar las abigarradas documentaciones de ello resultantes.—Y en el ambiente reseñado en el párrafo anterior al legislador español, enarbolando la bandera de la demagogia y el paternalismo más rancio y protector, I no se le ocurre otra cosa que crear la Ley 1/2013 de 14 de mayo para reforzar 'la protección' (y así se pone en el título de la Ley sin ambages) de los pobres e indefensos deudores hipotecarios, y como 'perla' de la misma el inefable art. 6, antes transcrito, del que, si nadie se ha dado cuenta, diré que tiene

una dimensión insultante y vejatoria: Insultante: Efectivamente si se tiene en cuenta la literalidad y obligación que impone el precepto constituye el contenido del precepto un claro insulto para el notariado español en general, además de una presunción calumniosa, y no otra cosa puede concluirse del precepto: ¿Qué sentido tiene que determinado contenido de un contrato deba ser redactado manuscritamente (es de suponer que por el obligado, aunque la norma no dice quién debe realizar el manuscrito, otra perla de técnica jurídica) y firmado por la parte especialmente afectada por dicho contenido? Forzosamente ha de concluirse que la razón que lleva al establecimiento del precepto es considerar que el notario responsable, con toda probabilidad no le va a leer, explicar, razonar y hacer entender a su cliente el alcance de la existencia de una cláusula suelo. Y, ya puestos en este orden de cosas, ¿Por qué no se obliga a que el total contenido de la escritura de préstamo hipotecario sea manuscrita por el deudor hipotecante? Si sólo es una pequeña la que se ha de escribir a mano para garantizar que el obligado 'se ha enterado', 'la protección' que la norma está brindando es muy exigua. Mas importante sería, por poner un mero ejemplo, que también fueran manuscritas y firmadas por los deudores otorgantes las cláusulas relativas a las causas de vencimiento anticipado, comisiones, intereses de demora... A esta absurda conclusión lleva el admitir la norma sin hacerse mayores críticas sobre la misma. Y es lo lamentable, y al mismo tiempo sorprendente, que por parte de los responsables y directivos de los notarios no se haya levantado una, aunque sea ligera, protesta ante este precepto, con honrosas excepciones de autores aislados, como el que más adelante se menciona. El suscriptor, desde luego, ante el artículo que critica se siente insultado y calumniado por el mismo, como deben sentirse la mayor parte de los notarios que redoblan sus esfuerzos para que el contenido de sus escrituras no sólo sea oído por los otorgantes, sino comprendido, entendido, y sin reservas asumido, dando fe en sus escrituras, entre otras cosas, de la correcta formación del criterio y voluntad de aquellos.—Vejatorio: y vergonzante hacia aquéllos que la norma trata de proteger: Les obliga delante de otras personas, a las que, normalmente no conocía hasta el otorgamiento de la escritura, a pasar un rato de no poca violencia moral (y por experiencia en el cumplimiento de la norma lo puedo asegurar en la totalidad de los casos) y apuro innecesario, viéndose obligado a copiar, a mano, un texto, muchas veces tan ininteligible como muchas de las cláusulas de la minuta bancaria base de la escritura, y firmarlo, y la mayor parte de las veces sin entender directamente lo que ha escrito y firmado, y mucho menos por qué razón se le ha obligado a pasar un mal rato, cosas todas ellas que le debe explicar y razonar el notario. Piénsese que poco más o menos, exageradamente si se quiere, pero con un realidad absoluta, se desarrolla el cumplimiento de esta norma en el sentido de que una persona se ve obligada a escribir en un papel de su puño y letra, y firmar un texto que, aunque disfrazado en tecnicismos, en cuanto a su contenido real, puede resumirse en un... 'me están engañando y timando y por medio de este escrito digo que me entero y que me parece bien'.—Y sin ahondar en mayores perjuicios que ocasiona la aplicación de la norma tampoco es baladí el tiempo que inútilmente se pierde en la aplicación de la norma para todos los intervinientes en la operación, incluido el deudor hipotecario "protegido".—No es preciso extenderse en más consideraciones, a las que se presta en su crítica, la norma dicha. Baste decir que a la vista del ligero examen de la misma parece prudente concluir que, en cualquier caso, no debe aplicarse en su interpretación un criterio de amplitud, sino, por el contrario hacer la interpretación de la manera más restrictiva posible de la norma; y en todo caso añadir que la misma norma que se ha comentado no fija de manera expresa los efectos del incumplimiento de tan importante obligación, como en otras que se han ocupado de la materia en el sentido de que '... los notarios no autorizarán ni los registradores inscribirán escrituras de préstamos hipotecarios de viviendas que no contengan el manuscrito firmado por el deudor...', o cualquier otra similar; o determinar si tal incumplimiento implicará la nulidad o anulabilidad de todo o parte del instrumento público, o si dará lugar a la posibilidad de meras sanciones administrativas o pecuniarias... 4.—Y sobre las anteriores consideraciones generales, y las conclusiones que de ellas se derivan, entrando en el análisis concreto de la única cuestión que se debate en el recurso, que no es otra que considerar que la estipulación transcrita

en el punto 2 de los presentes fundamentos de derecho supone, como mantiene la Sra. Registradora, el establecimiento de una 'cláusula suelo', que exige el manuscrito legal, impidiéndose la inscripción de la escritura en caso contrario, diremos lo siguiente: Es innegable, como expone el prestigioso jurista Don Francisco Rosales de Salamanca Rodríguez, uno de los pocos que, brillantemente, se han ocupado del tratamiento de la norma que comentamos, la existencia y admisibilidad de las llamadas 'cláusulas suelo', aunque tal denominación no represente una exquisitez de técnica jurídica. Y no parece plantear problemas el entender que una cláusula suelo fija un interés mínimo, por encima de '0', no siendo posible la aplicación un interés menor aunque el resultado de sumar al índice de referencia el diferencial pactado quede por debajo de ese mínimo. En todo caso también puede llegarse a admitir que ese interés mínimo sea incluso '0', aunque lo encuentro sumamente discutible pues un interés '0', por su propia naturaleza lo que está implicando es la no existencia de ningún tipo de interés. Pero no se perderá más tiempo en esta explicación.—La estipulación que hemos expuesto va más allá. Contempla incluso la posibilidad de que pueda ser posible que el acreedor hipotecario deba pagar interés al deudor hipotecante, al resultar negativo el índice de referencia. Tal posibilidad teóricamente, y como dice Rosales de Salamanca puede ser, aunque improbable, una posibilidad real. Y lógicamente un Banco, defensor de sus negocios, quiere evitar tal posibilidad por muy remota e improbable que pueda resultar. Y es lo que hace 'Kutxabank S. A.' en la estipulación reseñada.—Pero... ¿equivale tal exclusión de posibilidad de que un Banco tenga que pagar a un cliente intereses por razón de un préstamo otorgado para obtener una ganancia precisamente por el devengo de los intereses, a la inclusión de una cláusulas suelo?—5.—Dice el art. 1740 del Código Civil: 'Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.—El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés'.— Y el Código de Comercio en sus arts. 314 y 315 se ocupa del devengo o no de intereses en el préstamo mercantil.— Pero ni en los citados Códigos, ni en ninguna otra Ley de carácter autonómico o especial se ocupa, tratándose de la figura jurídica del contrato de préstamo, ya sea civil o mercantil, del devengo de intereses a favor del prestatario.—El préstamo es gratuito, es decir no devenga intereses (y en la concepción actual del estudio de la 'cláusula suelo') diríamos que no tiene ni cláusula suelo, ni cláusula techo. Simplemente no hay intereses.—6.—Y ¿si por la posibilidad remota contemplada, por un juego del índice de referencia, resultase que el préstamo devengaría intereses a favor del prestatario, es posible mantener que la exclusión de esta posibilidad supone la introducción de una cláusula suelo?—El suscribiente estima rotundamente la negativa como respuesta. Por la sencilla razón de que el contrato, relación jurídica existente, resultaría con una naturaleza distinta. Sería un contrato de cuenta corriente con intereses pactados a favor de ambas partes según el juego de lo pactado para la variación de intereses, o mejor un depósito, siendo remunerado con los intereses devengado por este juego en su favor, el depositario. En todo caso si se produce el devengo de intereses a favor del prestatario el contrato deja de ser un préstamo. Se altera sustancialmente la naturaleza del negocio.—Y lo que hace, en el caso que nos ocupa, la estipulación que la Sra. Registradora interpreta como cláusula suelo, es precisamente todo lo contrario: Refuerza y asegura la naturaleza como préstamo del negocio contenido en la escritura pública que se ha sometido a su calificación, ya que de admitirse lo contrario alteraría sustancialmente tal negocio, convirtiéndolo en un depósito remunerado, aún cuando la escritura califique el negocio como 'préstamo', pues sabido es que los contratos lo son por la naturaleza y contenido de los mismo, y no por la denominación que se les atribuya, según principio admitido por todos en derecho.—Baste con lo dicho para razonar la oposición a la calificación de la Sra. Registradora, no queriendo abundar en mayores consideraciones, como las contenidas en el interesante foro iniciado por el prestigioso jurista mencionado Sr. Rosales de Salamanca, y en el que se contienen todas la argumentaciones en el sentido de lo apuntado, y de otros terceros,

concluyendo dicho autor en cuanto a los préstamos: 1. No cabe la posibilidad de intereses negativos 2. No estamos ante una cláusula suelo 3. No es necesario el manuscrito Conclusión: En base a todo lo hasta aquí expuesto quien suscribe el presente escrito considera que no procede en forma alguna la calificación registral que se recurre, y si la consideración que el contenido de la estipulación objeto del recurso no es una cláusula suelo, sino un cláusula reforzadora de la naturaleza del contrato de préstamo formalizado de común acuerdo entre ambas partes, siendo de todo punto improcedente la exigencia del ridículo manuscrito a que se refiere el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”».

IV

La registradora emitió informe el día 15 de julio de 2015, manteniendo su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 1255 y 1218 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 y 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 y 22 de julio 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, constando en su cláusula tercera bis –tipo de interés variable– que: «1º) El tipo de interés nominal anual variará semestralmente, determinándose cada nuevo tipo de interés nominal anual mediante la adición de 1,70 puntos al tipo de referencia “euribor a un Año”, o “Referencia interbancaria a un año” tipo de referencia oficial, que publica mensualmente el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado y se tomará para este contrato el correspondiente al mes natural inmediatamente anterior al de la variación. (...) Si por cualquier causa esta referencia Euribor dejara de publicarse, se establece como sustitutivo el tipo de referencia oficial (I.R.P.H.) “Entidades en España”, que se publica como “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”, tomándose el correspondiente al segundo mes anterior al de la variación, en la misma forma, y con la suma del diferencial

indicados para el tipo anterior. En el supuesto de que por cualquier causa dejara de publicarse el tipo de referencia anterior, se establece como sustitutivo el tipo de referencia oficial "Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años", tomándose el correspondiente al segundo mes anterior al de la variación en la misma forma que el tipo anterior, y sumándole el margen resultante de incrementar en 1,5 puntos el diferencial indicado para el tipo de referencia pactado en primer lugar. (...) Se hace constar expresamente que a pesar de que el tipo de interés de esta operación crediticia es variable, la parte deudora nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés aplicable por debajo del cero (0,00), por lo que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor».

La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte como cláusula suelo «el cero por ciento» o «que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, de tal manera que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor», 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 un contrato de cuenta corriente con intereses pactados a favor de ambas partes o un contrato de depósito retribuido. 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 suelo del cero por ciento sino «una cláusula reforzadora de la naturaleza del contrato de préstamo formalizado de común acuerdo entre ambas partes».

Adicionalmente argumenta que el artículo 6 de la Ley 1/2013, como norma especial que es, debe ser objeto de interpretación de la manera más restrictiva posible; y que, en todo caso, como dicha norma no fija de manera expresa los efectos de su incumplimiento en el sentido de que «los notarios no autorizarán ni los registradores inscribirán escrituras de préstamos hipotecarios de viviendas que no contengan el manuscrito firmado por el deudor...», ni determina si tal incumplimiento implicará la nulidad o anulabilidad de todo o parte del instrumento público, no debe excluir la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario.

3. El precepto objeto de debate –artículo 6 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 número 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 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.

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 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 General 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 predisuelta, 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 predisuelta; 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)".

A la luz de estos claros criterios jurisprudenciales se debe realizar la valoración del defecto opuesto en la calificación impugnada, pues 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 fundamento, 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 del notario recurrente, que defiende 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 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 contratos 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 pone de manifiesto la Resolución de 12 de marzo 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 del notario recurrente 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 la Dirección General de los Registros y del Notariado 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 «a pesar de que el tipo de interés de esta operación crediticia es variable, la parte deudora nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés aplicable por debajo del cero (0,00), por lo que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor», 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, cuya posibilidad nadie niega en los préstamos a interés variable, altere la naturaleza jurídica de éste convirtiéndole 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 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.

El pago de intereses –los negativos– por parte del acreedor en favor del prestatario no transforma el préstamo convirtiéndolo en un depósito retribuido, como afirma el recurrente, porque la causa jurídica de ambos contratos es distinta y tal pago carece de virtualidad para alterar la obligación del deudor de devolución del dinero recibido por cuotas en los plazos pactados, en una obligación de devolución íntegra a solicitud del depositante o prestamista (artículos 1766 y 1775 del Código Civil), y porque cuando el depositario tiene permiso para servirse del dinero depositado, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en un préstamo (artículo 1768 del Código Civil).

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.

En definitiva, lo relevante es que en el supuesto de préstamo con pacto de variabilidad de los intereses existe la posibilidad cierta de que éstos financieramente lleguen a ser negativos y, 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, que lleven a 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 debe 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 3ª, 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 señaló la Resolución de 12 de marzo 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 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 de la registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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, 8 de octubre de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.