

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14180 *Resolución de 10 de diciembre 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 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Fernando Ramos Alcázar, notario de Vitoria, contra la nota de calificación de la registradora de Propiedad de Vitoria número 3, doña María de los Dolores Cuenca Carrasco, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por «Bankinter, S.A.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día el día 16 de junio de 2015 por el notario de Vitoria, don Fernando Ramos Alcázar, bajo el número 589 de protocolo, se formalizó un préstamo hipotecario concedido por «Bankinter, S.A.» para financiar el pago del precio de adquisición de la vivienda que en tal escritura se describe perteneciente al Registro de la Propiedad de Vitoria número 3.

II

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Vitoria número 3, siendo objeto de la siguiente nota de calificación: «Entrada N.º: 1508 del 17/06/2015 a las 10:23 Asiento N.º: 95 del Diario: 55 Presentado el 17/06/2015 Presentante: Tecnotramit Servicios de Gestión SL. Interesados: Bankinter SA/L. A. G. Protocolo N.º: 589/2015 Notario: Fernando Ramos Alcázar Previa calificación desfavorable del documento presentado en este Registro bajo el número de asiento arriba expresado, y Vistos los artículos 1, 2-1º y 2º, 3, 9-2ª a 4ª, 12, 13 párrafo 1º, 17, 18, 19, 19-bis, 20 párrafos 1º y 2º, 98, 21, 24, 25, 40 d/, 99, 104, 105, 110, 114, 144, y 322 y 324 y ss. de la Ley Hipotecaria, 1, 7, 33, 51-5ª y 6ª, 98, 220, 240, 241 y 430 y 434 de su Reglamento, rr. de la D.G.R.N. de 23 y 26-10-1987, 24-8-98, 21-12-2007, ídem, 15-1-2008, 14-1-2003, 1-2-2008 y 8-2-2008, 22-2-2008, y 28-2-2008 y 29-2-2008, y Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social se observa/n el/los siguiente/s defecto/s calificado/s como subsanable/s: Único.–No cumplirse los siguientes requisitos exigidos 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: - Conteniendo la escritura «cláusula suelo» en el párrafo tercero de la estipulación 3ª («Dada la naturaleza jurídica de esta operación y de acuerdo con los artículos 1.740 del Código Civil y 315 del Código de Comercio, el interés es la retribución a Bankinter por el préstamo concedido y por tanto solo puede devengarse a favor de Bankinter como prestamista. Por tanto, si en algún momento la suma del tipo de referencia y el diferencial personalizado generara un resultado negativo, ello no podría nunca entenderse como un derecho del prestatario a percibir ningún importe como retribución o por cualquier otro concepto, no acompañarse expresión manuscrita de la parte prestataria (art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de Mayo expresada). La inscripción parcial del documento a solicitud del presentante: Si cabe en cuanto a dicho defecto (inscripción sin tipo mínimo de interés ordinario). Asimismo, una vez subsanados dichos defectos, serán objeto de denegación todas las cláusulas que habitualmente son objeto de denegación en este tipo de hipotecas sin consentimiento expreso del presentante (falta de trascendencia real,

prohibiciones de disponer,...), en base a las disposiciones legales que se harán constar en la nota de despacho que se extienda al pie del título. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1º de la Ley Hipotecaria. Vitoria-Gastéiz, veintiséis de agosto del año dos mil quince La Registradora, Fdo. Mª Dolores Cuenca Carrasco Contra la precedente calificación (...).

III

Contra la nota de calificación, don Fernando Ramos Alcázar, notario de Vitoria, solicitó mediante escrito de fecha 8 de septiembre de 2015, dentro del plazo legal, calificación sustitutoria, la cual fue formulada por don Rafael Stampa Castillo, registrador de la Propiedad accidental de Bergara número 3, habilitado a tal efecto con arreglo al cuadro de sustituciones, según resulta de expediente formado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, con el siguiente texto: «Registro de la Propiedad de Bergara 3 Calificación del registrador sustituto con arreglo al artículo 19-bis de la Ley Hipotecaria. Documento calificado: Escritura pública otorgada el 16 de junio de 2014, ante el Notario de Vitoria don Fernando Ramos Alcázar, con el número 589 de su protocolo. Registradora sustituida: Doña Mª Dolores Cuenca Carrasco, titular del Registro de la Propiedad de Vitoria-Gasteiz nº 3. Solicitud de calificación sustitutoria: Don Fernando Ramos Alcázar, Notario (...), como Notario autorizante de la escritura de referencia. Nota de calificación Calificado nuevamente el documento relacionado con el carácter de calificación sustitutoria, el Registrador que suscribe acuerda: Confirmar el defecto único de la nota de calificación firmada por la Registradora sustituida el 26 de agosto de 2015. El párrafo tercero de la cláusula 3ª del documento calificado supone fijar un límite de variabilidad a la baja del tipo de interés. Dicho límite no se fija para el caso de una variabilidad al alza. El art. 6.2 a) de la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, a los efectos de proteger a los deudores hipotecarios, establece que cuando 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, se exigirá que la escritura pública de hipoteca incluya 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. Bergara, a 21 de septiembre de 2015. El registrador accidental del registrador sustituto, Fdo.: Rafael Stampa Castillo».

IV

Contra la nota de calificación original, don Fernando Ramos Alcázar, notario de Vitoria, mediante escrito de fecha 25 de septiembre de 2015, interpuso recurso el mismo día ante la Dirección General de Registros y del Notariado con base en los siguientes argumentos: «Alegaciones: 1.-Carácter legal y no de cláusula contractual de la definición de intereses contenida en la cláusula financiera tercera relativa a intereses ordinarios. Que en la cláusula financiera tercera de la escritura de préstamo de referencia después de establecer el tipo inicial fijo para el primer año y el tipo que será de aplicación para cada anualidad a partir del vencimiento anterior formado por el tipo de referencia interbancario a un año (Euribor) y un diferencial que se le sumara, se establece lo siguiente: Dada la naturaleza jurídica de esta operación y de acuerdo con los artículos 1.740 del Código Civil y 315 del Código de Comercio, el interés es la retribución a Bankinter por el préstamo concedido y por tanto solo puede devengarse a favor de Bankinter como prestamista. Por tanto, si en algún momento la suma del tipo de referencia y diferencial personalizado generara un resultado negativo, ello no podría nunca entenderse como un derecho del prestatario a percibir ningún importe como retribución o por cualquier otro concepto. Que el último párrafo del artículo 1.740 del Código Civil establece que el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés y el segundo párrafo del artículo 315 del Código de Comercio establece que se reputara interés toda prestación pactada a favor de la acreedora. De conformidad con la regulación legal transcrita el interés es el precio del

préstamo que el prestatario o deudor debe satisfacer al prestamista o acreedor. Que el párrafo de la escritura de referencia precedentemente transcrito define el contenido del contrato de préstamo y en concreto la prestación de pagar intereses por el deudor al acreedor de conformidad con las disposiciones legales que los regulan y no puede considerarse que revista el carácter de condición contractual predispuesta por la entidad prestamista. 2.—Inexistencia de interés fijo mínimo. Que en el préstamo de referencia no hay estipulado un interés fijo mínimo que el prestatario deba satisfacer, pues si el valor negativo del índice de referencia Euribor es igual o superior al diferencial pactado el deudor no tendrá que pagar intereses. Que el número 1 del artículo 6 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo establece para los préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado 2 de dicho artículo que la escritura pública incluya la expresión manuscrita en los términos que ha fijado el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, y la fórmula ritual determinada por el Banco de España a tal fin es del siguiente tenor literal: «...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 de interés variable limitado)». Que de conformidad con lo anteriormente descrito, no se entiende de qué riesgos del contrato hay que advertir al prestatario si como consecuencia de que el tipo de interés interbancario fuera negativo (que es un mercado financiero distinto del de los préstamos hipotecarios para financiar la adquisición de viviendas a los particulares), el deudor no tendría que satisfacer intereses».

V

La registradora emitió informe el día 6 de octubre 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, 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 y 8 y 27 de octubre 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 -tipo de interés variable-, después de definir el tipo de interés variable con el tipo de referencia y el diferencial, que: «Dada la naturaleza jurídica de esta operación y de acuerdo con los artículos 1.740 del Código Civil y 315 del Código de Comercio, el interés es la retribución a Bankinter por el préstamo concedido y por tanto solo puede devengarse a favor de Bankinter como prestamista. Por tanto, si en algún momento la suma del tipo de referencia y diferencial personalizado generara un resultado negativo, ello no podría nunca entenderse como un derecho del prestatario a percibir ningún importe como retribución o por cualquier otro concepto».

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 retribución, 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.

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 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, siguiendo el criterio ya recogido en las Resoluciones de 8 y 27 de octubre 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 241/2013, de 9 de mayo, y otras posteriores como la 464/2014, de 8 de septiembre y la más reciente (Pleno de la Sala Civil) 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 de 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)».

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 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 General de 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 General de 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 y 8 y 27 de octubre 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 General de 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 «dada la naturaleza jurídica de esta operación y de acuerdo con los artículos 1.740 del Código Civil y 315 del Código de Comercio, el interés es la retribución a Bankinter por el préstamo concedido y por tanto solo puede devengarse a favor de Bankinter como prestamista. Por tanto, si en algún momento la suma del tipo de referencia y diferencial personalizado generara un resultado negativo, ello no podría nunca entenderse como un derecho del prestatario a percibir ningún importe como retribución o por cualquier otro concepto», 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, 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 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 parece afirmar 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 General de 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 señalaron las Resoluciones de 12 de marzo y 8 y 27 de octubre 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.

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, 10 de diciembre de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.