

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**3794** *Resolución de 12 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Albacete número 4, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por doña María Adoración Fernández Maldonado, Notaria de Albacete, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Albacete número 4, don Julián Cuenca Ballesteros, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario.

#### Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 28 de octubre de 2014 ante la Notaria de Albacete, doña María Adoración Fernández Maldonado, con número de protocolo 1.687, se vendió una vivienda que, según manifestación expresa efectuada en dicho documento, va a destinarse a vivienda habitual del comprador, el cual se subroga en la hipoteca que grava la finca, modificando las condiciones de la misma. En el referenciado documento, en la estipulación tercera del mismo, se establece: «Tipos máximo y mínimo: El tipo de interés revisado, conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 15 por ciento nominal anual, ni inferior al 0,30 por ciento nominal anual». Asimismo, dentro de las advertencias que se relacionan al final de la escritura después de informar la notaria autorizante del contenido de lo dispuesto en la Ley 1/2013, lo siguiente: «(...) los comparecientes, debidamente enterados, según manifiestan, renuncian expresamente ante mí a redactar el texto manuscrito por considerarse adecuada y suficientemente informados dada su formación y capacidad, información que se hace extensiva por mí a la incidencia del diferencial pactado sobre el tipo de interés, y a la lectura en alta voz del contenido de la FIPER sobre estos extremos».

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Albacete número 4, fue objeto de la siguiente calificación: «Don Julián Cuenca Ballesteros registrador titular del Registro de la Propiedad de Albacete número 4 (...) Se suspende el apartado «Tipos máximo y mínimo»., por el siguiente defecto: 1) No se acompaña la expresión manuscrita del deudor exigida en el artículo 6 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo. En base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: En el referenciado documento en la estipulación tercera del mismo se establece un límite a la variación del tipo de interés, pacto de cláusula suelo. «En el título que se pretende inscribir se pacta en la cláusula Tipos máximo y mínimo. El tipo de interés revisado, conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 15% nominal anual, ni inferior al 0,30% nominal anual», por lo cual al tratarse de una «Cláusula suelo y techo» es exigible, junto a la firma del deudor, una expresión manuscrita conforme determina el apartado a) punto 2 del referido artículo 6 de la Ley 1/2013. Fundamentos de Derecho: Según dispone el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios: 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...» Por ello el Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen del documento indicado ha resuelto con esta fecha suspender la inscripción de la citada cláusula conforme a lo anteriormente expuesto. La precedente calificación podrá (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Julián Cuenca Ballesteros registrador/a de Registro Propiedad de Albacete 4 a día diecinueve de noviembre del año dos mil catorce».

## III

Contra la anterior calificación, doña María Adoración Fernández Maldonado, Notaria autorizante, interpuso recurso mediante escrito suscrito el día 11 de diciembre de 2014, en el que expone: «(...) Recurso frente a tal calificación, al amparo de lo dispuesto en el art. 325.2 LH., apoyado en los siguientes fundamentos de derecho: 1.º El Registrador de la propiedad suspende, no deniega, la inscripción del tal cláusula por la ausencia de expresión manuscrita, sin determinar si el defecto es o no subsanable. 2.º Dado que no se expresa en la parca calificación, el control aplicado por el Registrador parece haber sido el control de transparencia, no el derivado del carácter abusivo o no de esta cláusula. 3.º En relación con este control, en la escritura se han observado todas las exigencias documentales previstas en el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, como consta en la misma. Consta incorporada la denominada FIPER y Oferta vinculante. Constan advertencias exigidas por dicha normativa y también las derivadas 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. La única especialidad en el cumplimiento es que el otorgante no realiza la «expresión manuscrita» prevista en el apartado a) punto 2, artículo 6 de dicha ley, pero la escritura sí contiene una referencia a la misma: una renuncia a redactarla por parte del deudor hipotecario, después de que el notario haga hincapié en ese punto suministrando una información específica y reforzada, como se ha transcrito en las advertencias. 4.º Ante la calificación y en defensa de la inscripción de tal cláusula, considero que la manifestación sustitutiva de la fórmula manuscrita se ajusta a Derecho, cumpliendo el control de transparencia por los fundamentos que expongo a continuación. Atendida la naturaleza de esa expresión manuscrita que se impone al deudor, si la entendiésemos como un derecho a reforzar su conocimiento de los riesgos del contrato, en este caso concreto en lo relativo a la cláusula suelo-techo, deberíamos valorar si incurre en las prohibiciones de renuncia contenidas en el Código Civil, artículo 6.º 2, y en contratos del tipo examinado, en la prohibición del artículo 10 TR LGDCU. El examen de esta imposición legal al deudor de un préstamo con hipoteca que grava una vivienda, permite considerar que no estamos ante un derecho a redactar una cláusula manuscrita que le aporte con esa transcripción una mayor información y protección, sino ante un deber de manuscibir una fórmula cuyo contenido, ritual, determinado por el Banco de España, más bien parece ir dirigido a evitar demandas de nulidad de las cláusulas a las que la fórmula se refiere por defecto de información contra la Entidad acreedora o el notario. 5.º Si, como parece, no es un supuesto de renuncia de derechos, sino que la suspensión de inscripción es consecuencia de un control de transparencia de esa cláusula, control que no supera, a juicio del registrador, por el incumplimiento de un requisito exigido por la legislación sectorial, a ello puede oponerse que no existe tal incumplimiento, lo que resulta de determinar cuál es el objetivo de ese control que en el ámbito de nuestra actuación debemos hacer notarios y registradores, y si ese requisito de expresión manuscrita previsto en el apartado a), punto 2, artículo 6, de la Ley 1/2013, de

14 de mayo, puede o no ser suplido por una manifestación notarial del tipo de la contenida en la escritura. El Notario, en la autorización de estas escrituras lleva a cabo controles de incorporación y transparencia relativos a la fase precontractual mediante el examen de los documentos entregados a la parte prestataria y su coincidencia con el texto de la escritura conforme al artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; y un control en el mismo acto del otorgamiento de la comprensión y voluntad libremente informadas del prestatario sobre todo el contenido documental; en este último momento, sin embargo, se superpone el requisito de redactar una expresión manuscrita que se refiere también extrañamente a su propia actuación, obligando al deudor a escribir a mano que el notario y la entidad acreedora le han informado adecuadamente y que entiende el negocio. La reciente STS 8 sept. 2014 (3903/2014), tratando la misma cuestión, habla de superar la concepción meramente «formal» de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación, teniendo en cuenta el Derecho contractual europeo y las Directrices de orden público económico como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual en el ámbito de las condiciones generales. ...el control de transparencia. ... 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... Pues bien, en esta superación de lecturas literales, en esa comprensibilidad real, en una interpretación acorde con la libertad y con el irrenunciable (este sí) derecho de todo prestatario a recibir de un funcionario que autoriza ese acto una información cierta y cercana, adaptada a cada prestatario –sepa o no escribir, entienda o no qué es una condición general de la contratación– se puede enmarcar la manifestación contenida en esta escritura, que se funda en una actuación notarial mucho más tuitiva de ese deudor, permitiéndole una manifestación no manuscrita, pero sí muy informada en los términos que aparecen transcritos, que añaden, además, información específica sobre la importancia que el diferencial pactado tiene en la revisión de los tipos de interés (un «suelo» real), y una lectura en alta voz de la Fiper sobre este extremo en la que aparecen especificados en sus Anexos I y III, valores medios, mínimos y máximos del índice y cuotas del prestamos correlativos. Así consta esta manifestación del prestatario. Por esta norma en el Derecho notarial español, al margen de las formas documentales consagradas en el Reglamento Notarial, se introduce un añadido que parece más propio de los derechos anglosajones, ajeno a una escritura pública notarial como la regulada en nuestro Reglamento en todas sus partes, y que causa estupor, desconfianza, o incluso resistencia a los otorgantes (de ello podría dar fe cualquier notario de España). Si a ello añadimos que no hay excepciones a esta obligación manuscrita, y que incluso quienes no saben leer o escribir deben pedir a unos testigos que se lo escriban, ya no estamos ante un control de transparencia, sino que podemos caer en un formalismo sin contenido de voluntad bajo su manto de manuscrito, amparado en un rigor literalista, no permitiendo cuando interviene un funcionario imparcial obligado por el propio Reglamento Notarial a un control reforzado en estos contratos, en su artículo 147, un cumplimiento en forma alternativa que comporta incluso mayor responsabilidad a cargo del notario. A mayor abundamiento, si examinamos la propia legislación sectorial, en algunos supuestos en los que se exige expresiones manuscritas, nunca se trata de contratos intervenidos o autorizados por funcionario imparcial ajeno al mercado y con deber específico de informar a la parte que no redacta las condiciones contractuales, sino que se trata de productos contratados entre una Entidad financiera y un inversor, al que solo se le exige manuscibir textos, muchos más sintéticos y comprensibles que el previsto por el Banco de España en el caso objeto de recurso, en supuestos en los que el inversor se niega a proporcionar una información a la entidad, se trata de un producto no adecuado para él, o incluso, no ha sido asesorado. Así aparece determinado en la «Circular 3/2013, de 12 de junio, de la CNMV sobre el

desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros», cuando, dicta las normas precisas para el desarrollo de las obligaciones de información previstas en el art. 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 julio, de Mercado de Valores. Norma cuarta Obligaciones de información en el proceso de evaluación de la conveniencia. «Este es un producto complejo y por falta de información no ha podido ser evaluado como conveniente para mí.» Este producto es complejo y se considera no conveniente para mí.» «No he sido asesorado en esta operación». Por tanto, por lo expuesto, considero que la manifestación transcrita realizada por el otorgante –persona física– tal y como se expresa bajo la fe notarial, en el supuesto del artículo 6 de la Ley 1/2013, suple con creces el rigor formal de la «expresión manuscrita», superando el control de transparencia si queremos entenderlo de manera real, tal y como resulta de la doctrina jurisprudencial del TS, al margen de cumplimientos rituales frente a los cuales cualquier deudor podrá alegar que «copió a mano» un texto que no entendía». Finaliza solicitando la revocación de la calificación.

## IV

El registrador de la Propiedad de Albacete número 4, don Julián Cuenca Ballesteros, emitió su informe, manteniendo su calificación, y formó expediente que elevó a esta Dirección General.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 6 y 1218 del Código Civil; 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, 9, 22 y 23 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–; 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) y 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11); 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, 9 de mayo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013 y 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio y 29 de septiembre de 2014 y 22 de enero de 2015.

1. El título objeto de la calificación impugnada es una escritura por la que se vende una vivienda que según manifestación expresada en aquél va a destinarse a vivienda habitual del comprador, el cual se subroga no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca que grava la finca sino también en préstamo con ella garantizado, modificándose determinadas condiciones del mismo.

En tal escritura se pacta un tipo de interés variable, con tipo inicial del 0,30 por ciento nominal anual durante los primeros doce meses, revisable anualmente mediante la resta de 0,10 puntos porcentuales al tipo de referencia («Euribor»), siempre que el «Euribor» no descienda del 0,40 por ciento, en cuyo caso, el tipo de interés aplicable será del 0,30 puntos porcentuales. Además, en la estipulación tercera se establece lo siguiente: «Tipos máximo y mínimo: El tipo de interés revisado, conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 15 por ciento nominal anual, ni inferior al 0,30 por ciento nominal anual».

Así mismo entre las advertencias que se expresan por la Notaria al final de la escritura consta la siguiente:

«C/ Por razón de la aplicación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de Medidas para Reforzar la protección a los deudores hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social, por trataras la finca hipotecada de vivienda habitual, informo expresamente a la parte deudora e hipotecante, del contenido de las normas de la misma destinadas a su información y protección, tanto en la formalización del contrato como en caso de ejecución de la garantía pactada. Expresamente les informo del contenido de la citada Ley 1/2013 cuando existen cláusulas suelo/techo, sobre la redacción por los prestatarios de un texto manuscrito reconociendo la suficiencia y comprensión de la información recibida; los comparecientes, debidamente enterados, según manifiestan, renuncian expresamente ante mí a redactar el texto manuscrito por considerarse adecuada y suficientemente informados dada su formación y capacidad, información que se hace extensiva por mí a la incidencia del diferencial pactado sobre el tipo de interés, y a la lectura en alta voz del contenido de la FIPER sobre estos extremos.»

Se expresa por la Notaria autorizante las advertencias prevenidas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la forma que se detalla en los «Hechos» de esta resolución.

El registrador de la Propiedad suspende la inscripción del apartado «Tipos máximo y mínimo», porque «no se acompaña la expresión manuscrita del deudor exigida en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo».

2. En primer lugar, respecto de las alegaciones de la recurrente sobre la falta de determinación del carácter subsanable o insubsanable del defecto expresado en la calificación impugnada, debe tenerse en cuenta que se suspende, no se deniega, la inscripción de la cláusula (*vid.* artículo 65 Ley Hipotecaria) y el propio enunciado de la nota, que indica que no se acompaña la expresión manuscrita, es indicativo de que incluyéndose la misma en el título calificado no habría obstáculo para la inscripción.

3. Por lo que se refiere a la cuestión fondo planteada, la Ley 1/2013, en que se integra el precepto que invoca el registrador en su calificación, tiene por objeto dar respuesta a una situación económica singular de la que se han derivado consecuencias patrimoniales adversas para numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario y se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, situación que exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Esta desgraciada situación, a la que alude el Preámbulo desde sus primeras palabras, se combate en el articulado mediante dos tipos de medidas: por un lado, medidas de carácter temporal absolutamente excepcionales y que vienen recogidas en el primer capítulo relativo a la suspensión de lanzamientos por un plazo de dos años de aquellos desahucios en curso y que afecten a familias en situación de especial riesgo de exclusión; y por otro lado, una serie de modificaciones de futuro que se recogen en los capítulos II y III y que tienen por objeto la mejora del mercado hipotecario y de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Bajo la rúbrica «Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios», el precepto objeto de debate 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».

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, el cual, como también expresa su Preámbulo, 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 y que 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, y las citadas por ella), 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).

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 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, entre otras posteriores y la más reciente 464/2014, de 8 de septiembre. 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: «196 (...) como regla no cabe el control de su equilibrio», posibilidad de control de contenido que si bien la misma Sala Primera del Tribunal Supremo había afirmado en alguna ocasión anterior (*vid.* Sentencias 401/2010, de 1 de julio, 663/2010, de 4 de noviembre, y 861/2010, de 29 de diciembre), la misma Sentencia de 9 de mayo de 2013 antes citada se encarga de recordar que dichas afirmaciones se hicieron «más o menos obiter dicta», y que, por el contrario, tal posibilidad de control de contenido «fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, que entendió que 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 identifica con el objeto principal del contrato– a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio» (*vid.* parágrafo 195). Ahora bien, la misma Sentencia aclara que 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 a un doble control de transparencia» (parágrafo 197).

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. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-» (parágrafo 259). A lo que añade la citada Sentencia que: «206. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que «[l]a 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 hace una interpretación a en los siguientes términos: «207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan 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 «210. (...) el artículo 80.1 TRLCU dispone que «[e]n 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, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del «error propio» o «error vicio», 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. 211. 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. 212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante».

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: «215. (...) 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 citada Sentencia 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)». Asimismo, afirma que tal extremo o enjuiciamiento no queda excluido ni suplido por «la mera «transparencia formal o documental» sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada».

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. Además, al citado control de transparencia debe preceder un previo control de inclusión o incorporación al contrato de la cláusula que revista caracteres de condición general de la contratación, siendo así que el contenido de los contratos sobre servicios financieros a que se refiere la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas, de ahí que se impongan determinados deberes de información a las entidades prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura (*vid.* parágrafo 157 de la Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013).

Así, este control de inclusión se pretende garantizar por el ordenamiento reglando el proceso previo a la constitución de las hipotecas, que en lo pertinente aparece recogido en la actualidad en la citada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y antes en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. A esta última se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, señalando que «la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores

que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja» (parágrafo 198). Este proceso previo a la constitución de la hipoteca se encuentra actualmente regulado por Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, al prever la aprobación de una guía de acceso al préstamo hipotecario por el Banco de España (artículo 20), una ficha de información precontractual (artículo 21), otra ficha de información personalizada (artículo 22), información adicional sobre instrumentos de cobertura de riesgo de intereses (artículo 24) y otra información adicional sobre cláusulas suelo y techo (artículo 25).

A la vista de tal regulación, el Alto Tribunal se plantea en el caso por el mismo enjuiciado si la información que se facilita en los términos indicados «cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles» (transparencia a efectos de incorporación al contrato). Contesta a este interrogante la reiterada Sentencia de 9 de mayo de 2013 en los siguientes términos: «201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC –«[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez»–, 7 LCGC –«[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]»–. A la vista de tal marco legal, concluye el Tribunal Supremo en este punto afirmando que «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones...» (parágrafo 202), siempre, claro es, que los requisitos impuestos con carácter imperativo por la citada Orden ministerial (hoy Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), ordenados al conocimiento real y efectivo de las condiciones y riesgos de la operación por el prestatario se hayan cumplido. La exigencia de cumplimiento en este punto, ha de ser acorde con la finalidad esencial al que se dirigen los reiterados requisitos de transparencia, esto es, nada menos que a garantizar a través de dicho conocimiento real y efectivo la incorporación de las correspondientes cláusulas al contrato.

6. 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 por extenso ha quedado expuesto en los precedentes fundamentos.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, el control de transparencia, conforme a su naturaleza y caracterización, exige valorar si «el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta». Debe advertirse que la transparencia sobre la cláusula debatida debe garantizarse ya desde el momento en que el consumidor decide contratar eligiendo una determinada oferta frente a otras posibles y, por ende, la información transparente debe ser suministrada en la fase de negociación, previa a la celebración del contrato. Por ello, señala la citada Sentencia que no es admisible que el predisponente «descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados»; y añade que «sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control

previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia». Ahora bien, debe tenerse en cuenta que estas afirmaciones del Alto Tribunal se refieren al caso concreto enjuiciado, conforme a la normativa sectorial entonces vigente (Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios), en el que concluye que no se acreditó la transparencia real de las disposiciones contractuales analizadas, «pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del «interés variable» del préstamo».

Diferente es la situación existente en el momento de la autorización de la escritura cuya calificación ha sido impugnada. Ciertamente, si se trata de que el cliente pueda apreciar claramente que el tipo de interés variable tiene un mínimo y conocer los riesgos que dicha circunstancia comporta, el cumplimiento de la normativa sectorial vigente (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre) y de la legislación notarial debe ser, «prima facie», considerado suficiente. Pero, por otra parte, se establece la exigencia adicional establecida en el artículo 6 de la citada Ley 1/2013, de modo que en la escritura pública que documente el préstamo hipotecario debe incluir, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que ya ha determinado el Banco de España (en el Anexo 9 de la guía de acceso al préstamo hipotecario de julio de 2013), en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato con 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]».

Según las disposiciones de la Sección 4.ª del Capítulo II del título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, referidas a la actuación notarial en la formalización de los préstamos hipotecarios, el notario, en la autorización de estas escrituras, lleva a cabo los controles de incorporación y transparencia relativos a la fase precontractual y debe advertir expresamente al prestatario, conforme a dicha Orden, si se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo: «En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia. ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés» (vid. artículo 30 de la citada Orden).

Respecto de la forma de cumplimiento por el notario de esta obligación de advertir e informar al prestatario, no puede desconocerse que, según la normativa notarial, la lectura de la escritura pública puede ser realizada por el notario o sólo por los otorgantes, a elección de éstos (cfr. artículos 25, párrafo tercero, de la Ley del Notariado y 193, párrafo primero, del Reglamento Notarial). Indudablemente, aun cuando los otorgantes lean por sí mismos la escritura, el notario no sólo puede sino que debe explicar las cláusulas de la misma e informar sobre ellas a las partes, prestando asistencia especial al otorgante necesitado de ella (artículo 147, párrafo cuarto, del Reglamento Notarial).

En relación con las cláusulas suelo, este deber de información, rectamente entendido, debe cumplirse en los términos referidos mediante las oportunas advertencias que habrán

de ser de palabra y no simplemente expresadas por escrito en la escritura (así se infiere del artículo 194 del Reglamento Notarial, en general, y del artículo 25 de la citada Orden EHA/2899/2011, en particular). En este sentido, pudiera entenderse que resulta superflua la incorporación a la escritura de una expresión manuscrita por la que el prestatario manifiesta haber sido advertido por el notario de los riesgos derivados de las cláusulas suelo y techo, pues el notario debe dar fe en la escritura de que la lectura ha tenido lugar –así como de la forma en que se ha realizado– y de que después de la lectura los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a éste su libre consentimiento (cfr. artículos 17 bis.2.a) y 25, párrafo tercero, de la Ley del Notariado, y 193, párrafo tercero, del Reglamento Notarial).

Ciertamente este deber de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias impuestas por la regulación sectorial; de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor puede evaluar directamente, basándose en criterios comprensibles, de las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas.

Si bien, de «lege ferenda», ello debiera ser suficiente, sin embargo, la literalidad del 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, de rango superior y posterior a la Orden EHA/2899/2011, se manifiesta en términos imperativos, «se exigirá» dice el precepto, por lo que esta Dirección General debe desestimar el recurso interpuesto.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

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