

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

1873 *Resolución de 22 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Córdoba n.º 2 a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Pedro Gerardo Velamazán Perdomo, Notario de Córdoba, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Córdoba número 2, don Rafael Castiñeira Fernández-Medina a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 31 de marzo de 2014 ante el Notario de Córdoba, don Pedro Gerardo Velamazán Perdomo, con el número 850 de su protocolo, doña M. D. M. H., actuando en su propio nombre y derecho y además en representación de su esposo, don J. M. O. O., en virtud de escritura de poder especial otorgada a su favor ante el citado Notario el día 9 de mayo de 2013, hipoteca una vivienda unifamiliar junto con sus anejos. En el pacto tercero bis letra D de dicha escritura después de fijarse un diferencial de 0,250 puntos tanto para el índice de referencia adoptado como para el sustitutivo, se establece «sin que pueda resultar un tipo de interés nominal anual aplicable inferior al 0,1 por ciento ni superior al tipo máximo que se especifique...».

II

Presentada la citada documentación en el Registro de la Propiedad de Córdoba número 2, fue objeto de la siguiente calificación: «Rafael Castiñeira Fernández-Medina, titular del Registro de la Propiedad número 2 de Córdoba, ha calificado negativamente el documento que se reseña en los «hechos» de acuerdo con lo previsto en el artículo 19-bis de la Ley Hipotecaria, con arreglo a los siguientes "Hechos" y "Fundamentos de Derecho": I.–Hechos.–Escritura otorgada ante el Notario de Córdoba, Pedro Velamazán Perdomo, el 31 de marzo de 2014, bajo el número 850 de su protocolo, que fue presentada en este Registro a las 09:58:26 del 28 de julio de 2014, causando el asiento 263 del Diario 98, siendo retirada entonces y devuelta el día veinticuatro de los corrientes. Una vez calificadas las cláusulas que configuran la garantía hipotecaria y la obligación asegurada, con la extensión prevista en los artículos 12, 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria, artículos 83 y 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009, y 14 de junio de 2012 y del Tribunal Supremo 792/2009, de 16 de diciembre, entre otras, a) Se deniega la inscripción por haberse pactado que en el periodo de interés variable se aplicará un tipo de interés mínimo del 0,1 por ciento, aportándose por parte de uno de los deudores manuscrito del conocimiento del deudor de los riesgos del contrato, sin que conste incorporado el manuscrito correspondiente al otro prestatario, ni la manifestación del notario acerca de que exista incorporado a la matriz. B) Asimismo se deniega la inscripción de las cláusulas o pactos siguientes: 1.–Apartado 4 del pacto 6.º bis en cuanto a que se establece el vencimiento anticipado, por disminución de la garantía. 2.–Apartado 5 del pacto 6.º bis en cuanto a que se establece el vencimiento anticipado si no llegara a

inscribirse la hipoteca. 3.—Apartados 6 y 7 del pacto 6.º bis, en cuanto a que se establece el vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento de cualquier obligación, padecer embargo, o deterioro de la solvencia, y por causa de la declaración de concurso, del deudor o del fiador. 4.—Y del pacto 6 bis, desde la expresión "Atendiendo que este préstamo" hasta el final de la estipulación 6.ª bis, en cuanto a que se establece el vencimiento anticipado del préstamo por la pérdida de condición de empleado, y por ser obligaciones ajenas al préstamo. 6.—(sic) Del pacto 7.º, desde la expresión "No obstante..." hasta el final de dicho pacto, en relativo a la compensación de créditos, por carecer de trascendencia real. 7.—El párrafo segundo del pacto 9.º, en cuanto a las indemnizaciones por siniestro por ser obligacional, y en cuanto a la expropiación forzosa porque los efectos relativos a la misma están señalados en la Ley. 8.—El último párrafo del pacto 10.º, así como los pactos 12.º, 14.º y 16.º, por ser ajeno al Registro o puramente personal. 9.—El Pacto 15.º, relativo a convenios concursales, por estar sus efectos señalados en la ley. Se considera que el defecto señalado bajo la letra A) es subsanable, respecto de los mismos se suspende la inscripción, y el resto se consideran insubsanables y respecto de los mismos se deniega la inscripción, por lo que se hace necesaria la solicitud expresa de la inscripción parcial del documento, de conformidad con el 434 del Reglamento Hipotecario.

II.—Fundamentos de Derecho En relación al defecto señalado en el apartado A), debe aportarse el documento relativo a la constancia manuscrita del conocimiento del deudor de los riesgos del contrato, al objeto de comprobar que se cumple lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1/2013, el cual dispone que "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". De la redacción del artículo se deduce que dicha manifestación es de carácter personal y por tanto debe realizarse de forma expresa por todos y cada uno de los prestatarios. Ahora bien en la escritura interviene doña M. D. M. H. en representación de su esposo don J. M. O. O., pero ni del manuscrito que se acompaña, ni de la propia escritura, se puede deducir que el poder alcance a la aseveración relativa a la aceptación a que el préstamo contenga un tipo mínimo de interés, y aun así, dada la trascendencia de la manifestación y los efectos que la falta de la misma tendría sobre la aplicación de la cláusula en cuestión, no cabe la intención de manifestar o una mera interpretación de la misma, sino todo lo contrario, una manifestación expresa y personal. Respecto de los pactos o parte de los mismos señalados en el apartado B) de la presente nota de calificación: En relación a los defectos señalados en los apartados 1 y 3, de la presente nota de calificación, en cuanto al vencimiento anticipado relativo a la disminución de 1a garantía, por resultar contrarias a lo previsto en los artículos 1.129 del Código Civil y 117 de la Ley Hipotecaria, de los cuales resulta que cabe el pacto de vencimiento anticipado por deterioro de la finca, pero sólo en aquellos casos en que tenga lugar por dolo, culpa o voluntad del dueño, o cuando desaparezcan las garantías por caso fortuito, siempre que se deje la posibilidad al deudor de sustituir la garantía por otra igualmente segura y que la apreciación del deterioro se efectúe por entidad homologada independiente elegida por el deudor (artículo 3.bis.I LMV) o acuerdo entre ambas partes (SAP Tarragona de 1 de abril de 2011), en cuanto al impago de otras obligaciones ajenas al préstamo, embargo o disminución de la solvencia, porque los pactos ajenos al préstamo hipotecario garantizado, así como la ejecución no disminuye la garantía real y la preferencia de la hipoteca, por lo

que se vulnera lo previsto en los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria, y el 1.129.1 del Código Civil (STS 16 de diciembre de 2009), y en cuanto al caso del concurso del deudor, referidos en los apartados 3 y 8, por resultar contrario a lo previsto en el artículo 61.3 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, conforme al cual, «se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes». En relación al defecto señalado en el apartado 2, de la presente nota de calificación, no será inscribible la cláusula de vencimiento anticipado por no inscripción de la hipoteca, pues una vez inscrita dicha cláusula devendrá intrascendente. (R. 21-12-2010). Y en relación al defecto señalado en el apartado 4, de la presente nota de calificación, en cuanto al vencimiento anticipado por condiciones relativas a la condición de empleado del prestatario, en cuanto a que atribuyen eficacia resolutoria del contrato al incumplimiento de obligaciones ajenas al contrato de hipoteca (SAP Málaga de 22 de mayo de 1998). En relación a los apartados 5, 6 y 7, de esta nota por ser cláusulas personales o ajenas al Registro por carecer de trascendencia real, de conformidad con los artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria. Así mismo, en cuanto al defecto señalado en el apartado 5, referido el precedente párrafo de la presente nota de calificación, relativo al pacto de compensación de la deuda con cualquier crédito que el mismo deudor tenga con la entidad (especialmente si se refiere a la totalidad de un crédito indistinto de varios titulares). La STS de 16 de diciembre de 2013 admite su validez siempre que "la cláusula contractual ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla". Pero, independientemente de esa circunstancia, dado que se trata de estipulaciones que no son financieras y, además carecen de trascendencia real, se entiende que, no obstante su validez, su inscripción debe ser rechazada. Además, en cuanto a los pactos señalados en el apartado 6, antes referido, en lo relativo a lo considerado como obligacional, nos encontramos en el caso de inscribibilidad de pactos obligacionales en las hipotecas, hay que estar a que siendo el objeto de la inscripción el derecho real de hipoteca, aquélla debe limitarse a lo imprescindible para dar a conocer la extensión del derecho inscrito, por lo que carece de justificación el acceso al Registro del frecuente complejo de pactos obligaciones contenidos en la escritura, junto a los que son específico objeto de garantía (R. 4-11-2002), y en cuanto al pacto relativo al cobro de indemnizaciones por expropiación forzosa, por encontrarse reguladas las peculiaridades por otra norma imperativa. De conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria se procede a notificar esta nota de calificación negativa, en las fechas y por los medios que se indican en las notas puestas al margen del asiento de presentación. Se proroga automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días a contar desde la fecha de la última de las comunicaciones a que se refiere el citado artículo 322 de la Ley Hipotecaria. Contra la precedente nota de calificación (...) Córdoba, 29 de septiembre de 2014.–El Registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Con fecha 8 de octubre de 2014 se instó el procedimiento de calificación sustitutoria, correspondiendo su emisión al Registro de la Propiedad de Fuente Obejuna, cuya registradora titular, doña Ana del Carmen Cantarero Roa, en nota de calificación extendida con fecha 20 de octubre de 2014, confirma el primer defecto y revoca el segundo, ya que tras el pacto decimosexto «información económica» en el apartado solicitud de inscripción, se establece expresamente que: «En el supuesto de que el registrador que califique el título considerase no inscribible alguna de sus cláusulas se solicita de manera expresa la inscripción parcial».

IV

Contra la anterior nota de calificación, don Pedro Gerardo Velamazán Perdomo, notario de Córdoba, interpuso recurso mediante escrito, de fecha 27 de octubre de 2014, en el que expone: «(...) A.–En relación con el defecto señalado en el apartado A, según el

cual en relación al manuscrito exigido por la legislación en materia de protección de deudores hipotecarios es exigible "una manifestación expresa y personal": A1.—La Ley de 14 de mayo de 2013 de protección de deudores hipotecarios establece lo siguiente: Artículo 6. Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos 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; 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. A2.—Dicho precepto no parece alterar las reglas generales del Derecho civil español en cuanto a la actuación a través de apoderado, las cuales permanecen invariables; así las cosas el citado precepto no establece un carácter personalísimo a la redacción y firma del manuscrito (no se trata de un testamento), debiendo en consecuencia entenderse que como cualquier otro acto puede realizarse por apoderado con facultades suficientes. Admitida por tanto dicha posibilidad, no prohibida por precepto alguno del Derecho español vigente, parece razonable entender que el poder conferido por el señor O. O. a su esposa para otorgar escritura de préstamo hipotecario comprende la firma del manuscrito, y dado que en el cuerpo de la escritura se dice literalmente: "II. Y la última, en su propio nombre y derecho, haciéndolo además en nombre y representación de su esposo don J. M. O. O., mayor de edad (...) Hace uso del poder especial cuya reseña identificativa y juicio de suficiencia es el siguiente. Reseña identificativa: Escritura de poder especial otorgada (...) Juicio de suficiencia: he tenido a la vista copia autorizada del indicado documento público, del que, a mi juicio, resultan facultades representativas suficientes para formalizar la presente escritura de préstamo hipotecario. Yo, Notario, bajo mi responsabilidad, considero suficientes las facultades representativas invocadas para el otorgamiento de la presente escritura", entiendo que es obvio que en la firma del manuscrito suscrito por la apoderada y protocolizada en la escritura, dicha señora actúa en la misma condición que en la escritura de la que el manuscrito forma parte, siendo la interpretación del señor registrador una exigencia excesiva. A modo de ejemplo cabría citar algún supuesto: —Dado que no prevé la posibilidad de que un préstamo de estas características a una persona que no sepa o pueda escribir, ¿quedan éstas excluidas de la posibilidad de recibirlo?— Si un incapacitado judicialmente, que no pueda en absoluto regir su persona y bienes, solicita a través de un tutor autorización judicial para solicitar un préstamo, ésta le es concedida y recibe un préstamo con cláusula suelo, ¿quién habrá de redactar el manuscrito, el tutor, el juez? A mayor abundamiento cabría citar como argumento, el criterio de la DGRN en resolución de 17 de diciembre de 1987, en la cual manifestó quien tiene poder por ley —y lo mismo debe concluirse respecto al apoderado voluntario— para llevar a efecto determinado negocio jurídico (en aquel caso una compraventa, en este una hipoteca) tiene también poder para realizar por el representado las declaraciones que hayan de realizarse conforme a la legislación aplicable a fin de que el acto sea debidamente escriturado e inscrito. A3.—Teniendo en cuenta lo anterior, sólo cabría oponer que la formulación del juicio de suficiencia notarial se ha apartado del criterio adoptado por la DGRN al interpretar el artículo 98 de la ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social —modificado por la ley 24/2005, de 18 de noviembre—, de reformas para el impulso de la productividad, lo cual, como es obvio, en ningún momento ha sido alegada por el señor Registrador toda vez que la formulación del juicio se adecua estrictamente al criterio del Centro Directivo. B.—En relación a los defectos considerados

insubsanables, y cuya inscripción el señor registrador deniega», señala el recurrente que «sin perjuicio de no compartir, al igual que otros registradores de la plaza según numerosas calificaciones dictadas en relación a títulos con idénticas cláusulas, el criterio del señor registrador en algunos casos, hace constar que en dicho título consta la siguiente cláusula, (concretamente en la página 47 de la copia física autorizada presentada en el Registro por la gestoría que tramitó el documento): «Solicitud de inscripción.–Los señores comparecientes, solicitan del señor Registrador la práctica de los asientos oportunos. En el supuesto de que el Registrador que califique este título considerare no inscribible alguna de sus cláusulas se solicita de manera expresa la inscripción parcial».

V

El registrador emitió su informe el día 28 de octubre de 2014, manteniendo su calificación en cuanto al primero de los defectos de la nota de calificación, confirmado en la calificación sustitutoria, y formó expediente que elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 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; 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del 29; 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 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, y 5 de febrero y 23 de julio de 2014.

1. En cuanto al apartado B de la nota de calificación, al que hace referencia el recurrente en su escrito, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria en su apartado 5.º, que establece que si el registrador sustituto calificara negativamente el título, devolverá éste a los efectos de interposición del recurso ante esta Dirección General, el cual «deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad». En el presente expediente como ha quedado expuesto, se ha recurrido a la calificación sustitutoria, y, habiéndose revocado por la registradora sustituta el segundo de los defectos de la nota de calificación en los términos señalados, no cabe recurso contra el mismo puesto que ha devenido, a estos efectos, inexistente.

2. Se ciñe pues este recurso al defecto señalado en el apartado A) de la nota de calificación. Son datos a tener en cuenta los siguientes:

a) Mediante escritura otorgada en Córdoba el día 31 de marzo de 2014 ante su Notario, don Pedro Gerardo Velamazán Perdomo, doña M. D. M. H., actuando en su propio nombre y derecho y además en representación de su esposo, don J. M. O. O., en virtud de escritura de poder especial otorgada a su favor ante el citado notario el día 9 de mayo de 2013, hipoteca una vivienda unifamiliar junto con sus anejos.

b) En el pacto tercero bis letra D de dicha escritura después de fijarse un diferencial de 0,250 puntos tanto para el índice de referencia adoptado como para el sustitutivo, se establece «sin que pueda resultar un tipo de interés nominal anual aplicable inferior al 0,1 por ciento ni superior al tipo máximo que se especifique...».

c) Se aporta, uniéndose a la escritura, por parte de uno de los prestatarios, doña M. D. M. H., el preceptivo manuscrito acerca del conocimiento de los riesgos de las cláusulas suelo y techo, sin que conste incorporado el manuscrito correspondiente al otro prestatario.

Sostiene el registrador que conforme al artículo 6 de la Ley 1/2013 dicha manifestación es de carácter personal y por tanto debe realizarse de forma expresa por todos y cada uno de los prestatarios. Y que si bien en la escritura interviene doña M. D. M. H. en representación de su esposo, ni del manuscrito extendido por ella, ni de la propia escritura, se puede deducir que el poder alcance a la aseveración relativa a la aceptación de que el préstamo contenga un tipo mínimo de interés, que dada su trascendencia y efectos debe ser una manifestación expresa y personal.

El notario autorizante del título y recurrente considera que dicho precepto no parece alterar las reglas generales del derecho civil español en cuanto a la actuación mediante apoderado, las cuales permanecen invariables, y por lo tanto a su juicio el citado precepto no establece un carácter personalísimo a la redacción y firma del manuscrito debiendo en consecuencia entenderse que puede realizarse por apoderado con facultades suficientes. Entiende que del poder, tal como hizo constar en el juicio de suficiencia contenido en la escritura, resultan facultades representativas suficientes para formalizar la escritura de préstamo hipotecario y que es obvio que en la firma del manuscrito suscrito por la apoderada y protocolizada en la escritura, doña M. D. M. H. actúa en la misma condición que en la escritura de la que el manuscrito forma parte.

3. La Ley 1/2013, como ha señalado este Centro Directivo, despliega un sistema de protección de los deudores hipotecarios de carácter gradual, estableciendo distintos grados de protección a través de diversas medidas (de diferente intensidad) para diferentes supuestos: a) En un primer nivel de protección, la norma protectora es de carácter universal (con independencia de que la finca gravada sea o no una vivienda): por ejemplo, en la nueva regulación del vencimiento anticipado por impago de tres mensualidades del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o en el caso de la imposición del límite mínimo del 75 % de la tasación para el tipo de subasta (artículo 682.2.1.º de la misma Ley); b) En un segundo nivel de protección, la norma se aplica sólo si la finca hipotecada es la vivienda habitual (con independencia de la finalidad del préstamo). Por ejemplo, los supuestos de los artículos 21.3 de la Ley Hipotecaria, y 575 y 671 de la Ley Procesal Civil, y c) Finalmente, en un tercer nivel de protección, la norma exige no sólo que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del deudor, sino que además el préstamo o crédito garantizado debe tener como destino o finalidad financiar la adquisición de la misma vivienda habitual hipotecada. Este es el caso del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (límite de los intereses de demora), y de los demás citados anteriormente.

En el caso de la exigencia de expresión manuscrita del prestatario de haber sido advertido de los posibles riesgos derivados del contrato impuesta por el artículo 6 de la Ley 1/2013, se trata de una medida de protección especialmente reforzada, como se indica en la propia rúbrica del precepto, al aplicarse a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre vivienda, con independencia de su finalidad (además de en cualquier otro cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir).

La cláusula suelo según se configura en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, se valora como condición general de la contratación. La reciente Sentencia de 8 de septiembre de 2014 tras señalar que la valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013, recoge en síntesis las siguientes conclusiones: «(Fundamentos de Derecho séptimo y octavo, párrafos 131 a 165), a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. b) El conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular– es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente– no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de

información exigidos por la regulación sectorial». «Parágrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

Encuadrada pues la cláusula suelo dentro de la contratación bajo condiciones generales, hay que destacar que este tipo de contratación por su naturaleza y función y por su incidencia en el tráfico patrimonial se ha configurado jurisprudencialmente como un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del contrato negociado regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada.

En definitiva, es fundamental el control de transparencia aplicable genéricamente a la contratación seriada como ha establecido de manera constante la doctrina jurisprudencial, aplicable también a las cláusulas suelo (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012; 15, 17 y 18 de enero, 9 de mayo y 18 de noviembre de 2013, y 10 y 11 de marzo, 7 de abril, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014).

4. El control de transparencia, queda caracterizado, como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta sea comprensible de una forma real, que no formal, de manera que el consumidor y usuario conozca y entienda las consecuencias jurídicas y económicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo. El control de transparencia se ha de entender pues, como un previo y especial deber contractual, como una obligación no sólo de que la cláusula sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento de la cláusula referida, así como su relación con las cláusulas con las que tenga conexión, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Este control de legalidad o de idoneidad queda fuera del ámbito del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, y no tiene por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado en aras de la celebración del contrato, ni su interpretación, sino, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero y de 14 de marzo de 2013, así como Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo y 8 de septiembre de 2014).

5. La exigencia del consentimiento establecida por el artículo 6 de la citada Ley 1/2013, constituye pues la materialización de ese control mediante la suscripción del prestatario o por cada uno de los prestatarios en el caso de ser varios de un manuscrito que el notario debe recabar del prestatario, en el momento de la escritura en el que manifieste haber sido advertido de los riesgos derivados del contrato, si éste incorpora cláusulas suelo y techo; si lleva asociada la contratación de instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés, o si se concede en una o varias divisas.

Este control es independiente, aunque conjunto del comprendido en 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, referido a la intervención notarial en la formalización de los préstamos hipotecarios.

En efecto, 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 los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia y 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.

Ahora bien, en este sentido, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 «debe señalarse, 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».

Por ello se superpone el requisito de acompañar a la escritura una expresión manuscrita redactada por el prestatario, que se referirá también, 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, a la actuación informativa del propio notario. Este documento se unirá junto con otros documentos (oferta vinculante, tasación, etc.), sin que el notario intervenga en el mismo.

En conclusión la redacción del manuscrito debe incardinarse conforme se ha expuesto anteriormente dentro del ámbito propio del control de transparencia de la contratación seriada, independientemente del consentimiento contractual del adherente plasmado en la escritura. La intención del legislador es la de reforzar la prueba de la comprensión del deudor, con una expresión manuscrita que se une a la matriz de la escritura.

En este sentido, el registrador, en el ejercicio de la función calificador, debe evaluar el cumplimiento de los requisitos de información precontractual establecidos, o que en el futuro se establezcan, y que afecten a deudas garantizadas con hipoteca en especial cuando ésta recaiga sobre la vivienda habitual del hipotecante, ya que la protección al consumidor, que pretenden tanto la normativa como la jurisprudencia y doctrina señaladas, alcanza a la totalidad del proceso de contratación que culmina en la constitución de la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad y que, como ya se ha expuesto, se inicia con la puesta a disposición del consumidor de la información suficiente para que éste pueda analizar y conocer el alcance y las implicaciones del contrato que pretenda suscribir.

6. En el caso de este expediente la exigencia de la expresión manuscrita deriva de la existencia de una cláusula suelo, que lo encuadra en el supuesto contemplado en el artículo 6.2.a) de la citada Ley.

El elemento diferenciador en este expediente es el hecho de estar representado en la escritura uno de los prestatarios. No se discute por el registrador ni la idoneidad del poder en orden al otorgamiento de la escritura calificada, ni el juicio de suficiencia emitido por el recurrente en la misma. Lo que debe determinarse es si habiéndose otorgado un poder para concertar un préstamo hipotecario, puede entenderse comprendida entre sus facultades la de la redacción en nombre del representado de la repetida manifestación manuscrita.

Conforme ha quedado expuesto, dirigiéndose la exigencia de la manifestación a aseverar la comprensión del contenido y consecuencias de la cláusula por parte del prestatario y siendo esta capacidad de tipo personal, diferente para cada individuo y dependiente de distintos factores que afectan así mismo a cada persona, sólo podrá ser cada interesado quien declare sobre su propio grado de comprensión. Esta condición personal de tal declaración viene reforzada por la exigibilidad de manuscrito, por lo que no puede inferirse que sea posible su emisión por representante, fuera, obviamente, de

los casos de representación legal en los que precisamente se supe la falta de capacidad del representado.

Es cierto, como dice el recurrente, que tampoco se puede configurar a priori como un acto personalísimo, por lo que podría admitirse la posibilidad de que el poder contuviera un mandato expreso al respecto autorizando la contratación de una hipoteca aun cuando contuviera el tipo de cláusulas a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, cuyo alcance, no obstante, debería admitir conocer y comprender el poderdante para que de este modo no se eluda indirectamente el requisito legal de la manifestación manuscrita.

Pero, en el caso de este expediente, tal mandato ni se extrae del contenido de la escritura, ni pudo resultar del poder, ya que se otorgó con anterioridad a la citada Ley, ni se infiere siquiera del manuscrito redactado por doña M. D. M. H. en relación, exclusivamente, a su persona sin referencia alguna a su calidad de representante.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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