

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**2129** *Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Valladolid n.º 5, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Eduardo Jiménez García, notario de Valladolid, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Valladolid número 5, doña María José Triana Álvarez, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García, el 17 de julio de 2013, los cónyuges don P. T. G. y doña R. R. S. M. C. constituyen hipoteca sobre una finca, que es su vivienda habitual, en garantía de un préstamo que reciben del Banco de Santander.

##### II

Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Valladolid número 5 el día 17 de julio de 2013, causando el asiento de presentación número 898 del Diario 81, fue objeto de nota de calificación que, en relación con el defecto recurrido, se formula en los siguientes términos: «(.../...) Hechos: Mediante escritura autorizada el día 17 de julio de 2013, por el notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García, número 1.333 de protocolo, se procede por parte de los cónyuges don P. T. G. y doña R. R. S. M. C., a constituir hipoteca sobre la finca que en la misma se describe, a favor de Banco Santander, S.A. Consta en el expositivo II que los propietarios de la finca hipotecada, manifiestan que a la misma se le atribuye el carácter de vivienda habitual. Consta en expositivo III que la finalidad del préstamo es la adquisición de la vivienda y otros gastos asociados a la operación. Consta en el apartado 3.bis.5 “Bonificación del tipo de interés” de la cláusula 3.ª bis: “Además de lo indicado anteriormente en esta misma cláusula, en la fecha de inicio de cada uno de los sucesivos periodos de interés, se actuará de la siguiente forma para obtener el tipo de interés nominal a aplicar en ese período de interés. Se restará al tipo de interés obtenido según la forma establecida en el apartado 3.º bis.2, 0,10 puntos por cada uno de los Grupos de Productos o Servicios que se especifican a continuación, siempre que se tengan contratados con Banco Santander, S.A., o sociedades de su grupo, en la forma, los volúmenes o plazos mínimos que se señalan en cada caso”: ... – Contratación Cap hipotecario por un importe mayor al 70% del saldo pendiente. El Cap Hipotecario es un contrato sobre operaciones financieras de cobertura de riesgo de tipo de interés cuyo objetivo es dar cobertura ante las posibles fluctuaciones al alza del tipo de interés de referencia del préstamo/crédito hipotecario con las siguientes características: Por dicha cobertura el cliente, a cambio del pago de una prima, ya sea satisfecha en una sola vez, al inicio de la operación, o fraccionada, con una periodicidad constante, a elección del cliente, adquiere el derecho a recibir del Banco una liquidación en el caso de que el tipo variable pactado en la cobertura sea superior al tipo de interés Cap igualmente pactado. El importe de esa liquidación, a recibir con la periodicidad convenida (“períodos de cálculos”), será la diferencia entre ese tipo variable y ese tipo de interés Cap, minorado en la prima periódica correspondiente, en el caso de haber optado por esta forma de pago de prima. En el caso de que el tipo

variable sea igual o inferior al tipo de interés Cap, el cliente no recibirá pago alguno a su favor y vendrá obligado al pago de la prima periódica correspondiente, si esta es la forma de pago de prima elegida. La cobertura del riesgo de tipo de interés (Cap) es aplicable sobre el importe nominal que se convenga, que será igual o inferior al importe inicial del préstamo, y se podrá convenir por un plazo de 3 ó 5 años, si bien, en todo caso, por un plazo inferior al pactado para el préstamo. La cobertura podrá cancelarse en caso de vencimiento anticipado del préstamo o subrogación activa a otra entidad. En aquellos casos en que la forma de pago de prima elegida sea la de prima periódica, el cliente deberá satisfacer al Banco, con ocasión de esa cancelación anticipada, las fracciones de prima que queden pendientes de pago hasta la fecha de vencimiento de la cobertura convenida. El precio de la cobertura (prima) dependerá de las condiciones de mercado que existan en el momento de formalización del préstamo hipotecario y/o la cobertura y no será recuperable por el cliente, aun en el caso de vencimiento anticipado. Una vez formalizada la operación de cobertura o Cap, los tipos de interés pueden evolucionar de tal manera que el coste financiero soportado por el cliente (primas) sea superior a las cantidades a recibir del Banco durante la vigencia de la operación, pudiendo darse la circunstancia, por tanto, de que en determinados periodos de cálculo, e incluso en la totalidad de los mismos, el cliente haya pagado la prima, o deba hacerlo si opta por una prima periódica, sin recibir contraprestación del Banco. A los efectos de lo dispuesto en esta estipulación, hay que entender que la contratación de dichos productos y servicios, así como su mantenimiento posterior, se hace por expresa solicitud y voluntad de la parte prestataria, sin que en ningún caso suponga para el Banco la obligación de contratarlos o mantenerlos. Fundamentos de Derecho: Según 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: “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”. Y vistos los artículos 12, 18, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, artículos 83 y 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por el 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, y demás preceptos y resoluciones que se citan a continuación. Resuelvo suspender la práctica de la inscripción solicitada por observarse el siguiente defecto: Estableciéndose una bonificación al tipo de interés para el caso de que se tenga contratado con el Banco de Santander, S.A., o sociedad de su grupo un CAP hipotecario por un importe mayor al 70 % del saldo pendiente, no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que exige para tales supuestos cuando el prestatario es una persona física y la hipoteca recae sobre una vivienda 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. El contenido de la expresión manuscrita será el que establezca el Banco de España, pero hasta que este organismo la regule, la expresión manuscrita es igualmente exigible, en los términos que el notario considere adecuado, por aplicación de

los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en relación con la cláusula suelo, ya que esa expresión manuscrita constituye la forma que el legislador ha elegido para asegurarse el conocimiento por parte de los consumidores de los productos bancarios que enumera el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del riesgo financiero que los mismos comportan. Contra esta (...). Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación por plazo de 60 días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente previstas, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Valladolid, veinticuatro de octubre del año dos mil trece. El registrador (firma ilegible y sello con el nombre del Registro)».

## III

La anterior nota de calificación fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por el notario autorizante de la escritura calificada, don Eduardo Jiménez García, mediante escrito de 19 de noviembre de 2013, con arreglo a las siguientes alegaciones: «(...) Fundamentos: Uno. El defecto apreciado por la registradora, que determina la suspensión de la inscripción, es la previsión, contenida en la cláusula 3.bis.5 de una bonificación en el tipo de interés, para el caso de “Contratación Cap hipotecario por un importe mayor al 70% del saldo pendiente”. El fundamento jurídico de la suspensión es el artículo 6 de la Ley 1/2013, que prevé, en determinados supuestos, la necesidad de una expresión manuscrita de los clientes, expresión que no consta en la escritura referida. Dos. El artículo 6 de la Ley 1/2013 literalmente, dice, eliminando lo irrelevante a estos efectos: “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: ... b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés”. Tres. El Banco de España, en la reunión de su Comité Ejecutivo de 5 de julio de 2013 ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 1 del transcrito artículo 6, indicando cuál ha de ser la expresión manuscrita que “junto con la firma del cliente, [deberá incluirse] en la escritura pública de contratación de préstamos hipotecarios”. Los términos que deberán incluirse, en el caso que nos ocupa, son: “Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario: ... (ii) lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [indicar cuál],... Además, 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: ... b) las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas...”. Cuatro. El precepto legal transcrito establece que, para que sea precisa la expresión manuscrita, es requisito el que el préstamo lleve asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés. La expresión “llevar asociado” significa que algo vaya necesariamente unido con otra cosa, esté vinculado a ella o sea condición de ella. No se trata, por tanto, de una expresión que muestre la posibilidad, o no, de que algo vaya con otra cosa en un momento futuro, sino que exige que la lleve efectivamente consigo de presente, como situación de hecho existente, y no que pueda, quizás, llegar a existir. Y tal interpretación no parece dudosa, pues el propio Banco de España, al establecer los términos del manuscrito, dice que éste ha de rezar: “mi préstamo hipotecario lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés”, empleando el tiempo presente del verbo “llevar”, es decir, el tiempo “lleva”, lo cual implica que la asociación préstamo-instrumento de cobertura ha de ser un hecho, y no una posibilidad, en el momento del otorgamiento del préstamo. En consecuencia, solo si el préstamo hipotecario implica, en el momento de

formalizarse, la simultánea y necesaria contratación de un instrumento de cobertura, que vaya asociado a aquel, es precisa la “expresión manuscrita”. En el préstamo que nos ocupa no existe tal asociación. La contratación de ese instrumento es una mera posibilidad que se ofrece al cliente, que puede optar por ello o no, con plena libertad. En este sentido, la propia cláusula del préstamo que hace referencia a los vínculos con el banco que dan derecho a las bonificaciones, dice, al referirse al instrumento de cobertura, llamado “Cap” que: “La cobertura del riesgo de tipo de interés (Cap) es aplicable sobre el importe nominal que se convenga que será igual o inferior al importe inicial del préstamo y se podrá convenir por un plazo de 3 ó 5 años, si bien, en todo caso, por un plazo inferior al pactado para el préstamo. La cobertura podrá cancelarse en caso de vencimiento anticipado del préstamo o subrogación activa a otra entidad”. Es decir, la contratación del Cap se prevé en términos potestativos, como algo que podrá ocurrir o no, y no como obligación asociada al préstamo, que el cliente deba asumir para contratar éste. Asimismo, esa cláusula, en su párrafo último, dice que: “A los efectos de lo dispuesto en esta estipulación, hay que entender que la contratación de dichos productos y servicios, así como su mantenimiento posterior, se hace por expresa solicitud y voluntad de la parte prestataria, sin que, en ningún caso, suponga para el Banco la obligación de contratarlos o mantenerlos”, quedando claro que no hay deber alguno por parte del cliente de pedir o mantener los vínculos, sino que el hacerlo únicamente determinará la aplicación o no de la bonificación correspondiente a los mismos. No hay, por tanto, ni deber de contratar el Cap en momento alguno, ni éste ha de existir al tiempo de contratar el préstamo, ni ha de mantenerse durante el mismo. No existe, pues, la “asociación” entre préstamo y Cap que constituye el requisito para que sea necesaria la expresión manuscrita. Cinco. Pero, aun en el caso de que existiera esa asociación, existe un requisito adicional, para que sea obligada la expresión manuscrita, si nos atenemos a la fórmula que, dando cumplimiento a la Ley, ha establecido el Banco de España, ya que tal fórmula dice: “Soy concededor de que mi préstamo hipotecario lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés. Además, 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 las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas”. En la escritura de préstamo que nos ocupa se define en qué consiste el contrato de Cap hipotecario, diciendo que: “...es un contrato sobre operaciones financieras de cobertura de riesgo de tipo de interés cuyo objetivo es dar cobertura ante las posibles fluctuaciones al alza del tipo de interés de referencia del préstamo/crédito hipotecario con las siguientes características: Por dicha cobertura el cliente, a cambio del pago de una prima, ya sea satisfecha en una sola vez, al inicio de la operación, o fraccionada, con una periodicidad constante, a elección del cliente, adquiere el derecho a recibir del Banco una liquidación en el caso de que el tipo variable pactado en la cobertura sea superior al tipo de interés Cap igualmente pactado. El importe de esa liquidación, a recibir con la periodicidad convenida (‘períodos de cálculos’), será la diferencia entre ese tipo variable y ese tipo de interés Cap, minorado en la prima periódica correspondiente, en el caso de haber optado por esta forma de pago de prima. En el caso de que el tipo variable sea igual o inferior al tipo de interés Cap, el cliente no recibirá pago alguno a su favor y vendrá obligado al pago de la prima periódica correspondiente, si esta es la forma de pago de prima elegida. El precio de la cobertura (prima) dependerá de las condiciones de mercado que existan en el momento de formalización del préstamo hipotecario y/o la cobertura y no será recuperable por el cliente, aun en el caso de vencimiento anticipado. Una vez formalizada la operación de cobertura o Cap, los tipos de interés pueden evolucionar de tal manera que el coste financiero soportado por el cliente (primas) sea superior a las cantidades a recibir del Banco durante la vigencia de la operación, pudiendo darse la circunstancia, por tanto, de que en determinados periodos de cálculo, e incluso en la totalidad de los mismos, el cliente haya pagado la prima, o deba hacerlo si opta por una prima periódica, sin recibir contraprestación del Banco”. En consecuencia, el instrumento que el banco propone no es equivalente a un SWAP de tipos de interés, en el que, periódicamente, se calcula la

diferencia entre un tipo de interés fijo o de referencia y el variable aplicable de acuerdo con lo pactado en el préstamo, liquidándose la diferencia, a favor del cliente, si el variable es superior, o del Banco, si inferior, de tal modo que las liquidaciones periódicas puedan ser favorables o desfavorables al cliente. En el Cap que este préstamo prevé, se pacta una prima fija, perfectamente líquida desde el momento en que se contrata el Cap, y a pagar en ese momento o, en su caso, a plazos, y a cambio, se hace una liquidación por la diferencia entre el tipo asegurado y el superior que resulte, en su caso, de la aplicación de las condiciones del préstamo, siempre a favor del cliente, pues en caso de que el tipo asegurado sea superior al que resulte de la aplicación de las condiciones del préstamo, relativas a la determinación del tipo de interés, no se practica liquidación alguna por la diferencia. Es decir, que tampoco, en el tipo de cobertura que prevé el préstamo hipotecario, se da el presupuesto de hecho, previsto por el Banco de España, de que "las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas". Y, por este motivo, no existiendo el presupuesto de hecho que obliga a plasmar la expresión manuscrita, ésta no es exigible, motivo adicional por el que estoy disconforme con la calificación de la registradora, que la exige. Es por todo ello... Valladolid, diecinueve de noviembre de dos mil trece. Firma ilegible y sello del notario».

## IV

La registradora emitió informe el día 25 de noviembre de 2013, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada y remitió el expediente a este Centro Directivo. En su informe hace constar que el día 18 de noviembre de 2013 se recibió en el Registro telemáticamente escritura autorizada en la misma fecha por el notario recurrente en la que comparecen las mismas partes que comparecieron en el otorgamiento de la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, y en la que dicho notario da fe de que a continuación figuran dos manuscritos iguales, justo antes de cada una de las firmas de los prestatarios: «Soy conceder/a de que mi préstamo hipotecario puede llevar asociado la contratación de un instrumento de cobertura de riesgo de tipo de interés –Cap hipotecario–. Además he sido advertido/a por el Banco y por el notario actuante, cada uno en su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato, y en particular que las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas». Y en el otorgan primero de la citada escritura consta: «Don P. T. G. y doña R. R. S. M. C., a los efectos de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, sobre medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, realizan de forma manuscrita junto con la firma de la presente, haber sido adecuadamente advertidos de los posibles riesgos que lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés».

**Fundamentos de derecho**

Vistos los artículos 6, 1.255, 1.256 y 1.288 del Código Civil; el Preámbulo, los artículos 2, apartado 3, y 11 y la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre; los artículos 1, 2, 9, 11, 12, 18, 23, 27, 33, 37, 82, 104, 107.3, 114, 130, 142, 153, 153 bis, 258 y 326 de la Ley Hipotecaria; 517, 551, 573, 574 y 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su vigente redacción; 6, 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; 82, 83, 84, 85 y 87 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; 1 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 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores –transpuesta al ordenamiento español mediante Real Decreto



Legislativo 1/2007–; los artículos 7, 9, 51, 127 y 220 del Reglamento Hipotecario; 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 Constitucional de 18 de diciembre de 1981; 17 de mayo de 1985 y 30 de junio de 1991; 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, y 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 1928; 25 de noviembre de 1935; 16 de junio de 1936; 18 de noviembre de 1960; 4 de noviembre de 1968; 4 de julio de 1984; 27 de enero de 1986; 5 de junio, 20 de mayo y 23 y 26 de octubre de 1987; 14 de enero y 8 de octubre de 1991; 24 de abril de 1992; 4 de marzo y 8 de noviembre de 1993; 19 de enero, 23 de febrero, 8, 11, 13, 15, 18, 20 y 21 de marzo y 16 de julio de 1996; 22 de abril de 1997; 11 de febrero, 15 de julio y 24 de agosto de 1998; 28 de abril y 27 de julio de 1999; 3 de abril, 27 de septiembre y 3, 6 y 18 de noviembre de 2000; 8 y 9 de febrero y 7 de junio de 2001; 2 de abril, 2 y 3 de septiembre y 18 de noviembre de 2005; 19 de abril de 2006; 21 de diciembre de 2007 (2.<sup>a</sup>), 14 de enero, 1, 7, 8 (2.<sup>a</sup>), 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 19 (2.<sup>a</sup>), 22, 24 (2.<sup>a</sup>), 25 y 27 de marzo de 2008; 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010; 11 de enero, 8 de junio y 16 de agosto de 2011, y 13 de septiembre y 10 (1.<sup>a</sup>), 31 de octubre y 19 (2.<sup>a</sup>) de diciembre de 2013.

1. Circunscrito el recurso al primero de los defectos señalados en la calificación –al aceptar el recurrente los relativos a la suspensión de la cláusula relativa a los intereses de demora y la garantía de los mismos, y a diversas causas de vencimiento anticipado–, a aquél debe ceñirse la presente resolución (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria). Se trata de dirimir si es posible, la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que concurren las siguientes circunstancias:

a) En el expositivo II los propietarios de la finca hipotecada manifiestan que a la misma se le atribuye el carácter de vivienda habitual.

b) En el expositivo III consta que la finalidad del préstamo es la adquisición de la vivienda y gastos asociados a dicha operación.

c) En la cláusula 3.<sup>a</sup> bis, consta un apartado 3.bis.5, bajo la rúbrica «Bonificación del tipo de interés», con el siguiente tenor: «Además de lo indicado anteriormente en esta misma cláusula, en la fecha de inicio de cada uno de los sucesivos períodos de interés, se actuará de la siguiente forma para obtener el tipo de interés nominal a aplicar en ese período de interés. Se restará al tipo de interés obtenido según la forma establecida en el apartado 3.º bis.2, 0,10 puntos por cada uno de los Grupos de Productos o Servicios que se especifican a continuación, siempre que se tengan contratados con Banco Santander, S.A., o sociedades de su grupo, en la forma, los volúmenes o plazos mínimos que se señalan en cada caso: ... Contratación Cap hipotecario por un importe mayor al 70% del saldo pendiente. El Cap hipotecario es un contrato sobre operaciones financieras de cobertura de riesgo de tipo de interés cuyo objetivo es dar cobertura ante las posibles fluctuaciones al alza del tipo de interés de referencia del préstamo/crédito hipotecario con las siguientes características: Por dicha cobertura el cliente, a cambio del pago de una prima, ya sea satisfecha en una sola vez, al inicio de la operación, o fraccionada, con una periodicidad constante, a elección del cliente, adquiere el derecho a recibir del Banco una liquidación en el caso de que el tipo variable pactado en la cobertura sea superior al tipo de interés Cap igualmente pactado. El importe de esa liquidación, a recibir con la periodicidad convenida (“períodos de cálculos”), será la diferencia entre ese tipo variable y ese tipo de interés Cap, minorado en la prima periódica correspondiente, en el caso de haber optado por esta forma de pago de prima. En el caso de que el tipo variable sea igual o inferior al tipo de interés CAP, el cliente no recibirá pago alguno a su favor y vendrá obligado al pago de la prima periódica correspondiente, si esta es la forma de pago de prima elegida. La cobertura del riesgo de tipo de interés (CAP) es aplicable sobre el importe nominal que se convenga, que será igual o inferior al importe inicial del

préstamo, y se podrá convenir por un plazo de 3 ó 5 años, si bien, en todo caso, por un plazo inferior al pactado para el préstamo. La cobertura podrá cancelarse en caso de vencimiento anticipado del préstamo o subrogación activa a otra entidad. En aquellos casos en que la forma de pago de prima elegida sea la de prima periódica, el cliente deberá satisfacer al Banco, con ocasión de esa cancelación anticipada, las fracciones de prima que queden pendientes de pago hasta la fecha de vencimiento de la cobertura convenida. El precio de la cobertura (prima) dependerá de las condiciones de mercado que existan en el momento de formalización del préstamo hipotecario y/o la cobertura y no será recuperable por el cliente, aun en el caso de vencimiento anticipado. Una vez formalizada la operación de cobertura o Cap, los tipos de interés pueden evolucionar de tal manera que el coste financiero soportado por el cliente (primas) sea superior a las cantidades a recibir del Banco durante la vigencia de la operación, pudiendo darse la circunstancia, por tanto, de que en determinados periodos de cálculo, e incluso en la totalidad de los mismos, el cliente haya pagado la prima, o deba hacerlo si opta por una prima periódica, sin recibir contraprestación del Banco. A los efectos de lo dispuesto en esta estipulación, hay que entender que la contratación de dichos productos y servicios, así como su mantenimiento posterior, se hace por expresa solicitud y voluntad de la parte prestataria, sin que en ningún caso suponga para el Banco la obligación de contratarlos o mantenerlos».

La registradora suspende la inscripción de la hipoteca por cuanto estableciéndose una bonificación al tipo de interés para el caso de que se tenga contratado con el Banco de Santander, S.A., o Sociedad de su grupo un Cap hipotecario por un importe mayor al 70 % del saldo pendiente, entiende necesario el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que exige para tales supuestos cuando el prestatario es una persona física y la hipoteca recae sobre una vivienda 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. Y si bien, el contenido de la expresión manuscrita será el que establezca el Banco de España, a juicio de la registradora, hasta que este organismo la regule, la expresión manuscrita es igualmente exigible, en los términos que el notario considere adecuado, por aplicación de los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en relación con la cláusula suelo, ya que esa expresión manuscrita constituye la forma que el legislador ha elegido para asegurarse el conocimiento por parte de los consumidores de los productos bancarios que enumera el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del riesgo financiero que los mismos comportan. El recurrente, por el contrario, entiende que no concurren en el presente supuesto los presupuestos de hecho que definen el ámbito de aplicación del citado precepto legal.

2. La resolución del presente expediente requiere, pues, fijar la interpretación que haya de atribuirse al 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, desentrañando su sentido y finalidad, para lo que es preciso realizar un análisis hermenéutico del mismo completo, no sólo literal, sino también sistemático y teleológico. Bajo la rúbrica «Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios», el citado precepto 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».

A fin de interpretar adecuadamente esta norma ha de concretarse su finalidad y ponerse en su contexto. Pues bien, la Ley 1/2013, en que se integra aquel precepto, tiene por objeto dar respuesta a una situación económica singular de la que se han derivado consecuencias patrimoniales adversas para los ciudadanos que han desembocado o pueden desembocar en la pérdida de su vivienda habitual. Esta desgraciada situación, que recoge la Exposición de Motivos 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. La medida se aplica solamente a las personas o familias que acrediten su situación y exclusivamente cuando la ejecución de la que resulte el lanzamiento venga derivada del préstamo por el que se adquirió la vivienda habitual, pues como resulta de la Exposición de Motivos se trata de dar solución a los deudores que como consecuencia de la alteración de su situación económica no han podido atender a los pagos derivados del préstamo de adquisición. Así resulta de lo establecido en el artículo 1.3.d) y en el artículo 2.c).2.º de la propia Ley 1/2013.

Junto a estas medidas paliativas de situaciones de presente, la Ley introduce 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. El capítulo segundo reforma la Ley Hipotecaria en tres de sus artículos, en concreto el artículo 21, el artículo 114 y el artículo 129. El artículo 21 de la Ley Hipotecaria dice ahora en su nuevo párrafo final lo siguiente: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución». De esta exigencia –reiterada en relación al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria en el art. 129.2.b) de la Ley Hipotecaria–, se hacen depender en la nueva regulación consecuencias de distinta índole, como veremos.

El especial régimen establecido cuando la finca hipotecada constituye la vivienda habitual, tiene como precedente el párrafo segundo del número tres del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ya desde su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 permitió al deudor, si el bien hipotecado fuese la «vivienda familiar», liberar el bien mediante la consignación de las cantidades debidas aun sin consentimiento del acreedor. También fue un concepto utilizado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, al introducir la disposición adicional sexta a la Ley de Enjuiciamiento Civil, discriminando por vez primera el valor de adjudicación al acreedor en caso de subasta desierta por un determinado porcentaje del valor de tasación, distinto según se tratase o no de vivienda habitual.

De la misma forma la Ley 1/2013 establece una serie de medidas dirigidas a la protección del deudor hipotecario, que podemos sistematizar en dos grupos en función de que la finalidad del préstamo u obligación garantizada sea la de financiar o no la adquisición de la vivienda habitual. Así, en cuanto al primer grupo, además de las medidas temporales ya citadas sobre suspensión de lanzamientos por un plazo de dos años de aquellos desahucios en curso, se deben citar las siguientes: los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero (cfr. art. 114.3 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por el art. 3.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo), no cabe pacto de anatocismo en los intereses es decir, que los intereses se acumulen al capital para devengar nuevos intereses de demora, con la excepción de que sí se pueden pactar en el supuesto de insuficiencia del precio de remate para pagar el crédito del acreedor conforme al 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 114.3 de la Ley



Hipotecaria, en la redacción dada por el art. 3.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo); el plazo de amortización de la hipoteca no puede ser superior a treinta años, cuando está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual (art. 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, modificado por el art. 4.6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo); el importe del principal no puede exceder si el bien hipotecado está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual del 80 por ciento de dicho valor de tasación (art. 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, modificado por el art. 4.6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo).

En cuanto al segundo grupo de normas protectoras de la vivienda habitual, con independencia de que la obligación garantizada esté o no destinada a su adquisición hay que citar las siguientes: no cabe en las subastas sin ningún postor la adjudicación al acreedor, si se tratara de vivienda habitual del deudor, por valor inferior al 70 por ciento del valor de tasación a efectos de subasta o si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior a dicho porcentaje por el 60 por ciento (art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la nueva redacción dada por el art. 7.10); en caso de vencimiento anticipado de la totalidad de lo adeudado por falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá pedir, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de la presentación de la demanda (art. 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por el artículo 7.13 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo), y finalmente, para poder inscribir préstamos hipotecarios a personas físicas sobre vivienda o solares con cláusulas que establezcan un límite mínimo a la variabilidad de los tipos de interés, del tipo de cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; o en que se asocie un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés o que se conceda en divisas debe constar expresión manuscrita en la escritura por la que el prestatario reconozca que se le ha advertido los riesgos derivados del contrato (art. 6 Ley 1/2013, de 14 de mayo).

Por tanto, la Ley 1/2013, como ha señalado la Resolución de 19 de diciembre de 2013 (2.<sup>a</sup>), 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 (art. 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. 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).

Lo esencial de tales medidas tuitivas en dicho ámbito viene definido por el objeto sobre el que se proyectan, la vivienda habitual del deudor, y no tanto por la naturaleza y modalidad del contrato fuente de las obligaciones garantizadas, cuyo eventual incumplimiento desencadena la ejecución, de cuyas consecuencias para el ejecutado constituyen paliativo tales medidas. Como señala expresamente el preámbulo de la

Ley 1/2013 la nueva normativa de protección a los deudores hipotecarios contenida en ella responde a «la atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, que exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios».

3. Por otro lado, desde el punto de vista de la interpretación sistemática, el artículo 6 sistemáticamente se ubica en el Capítulo II de la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, el cual, como indica su preámbulo, introduce mejoras en el mercado hipotecario a través de la modificación de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946; la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del 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 reconduce a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la citada Sentencia de 14 de marzo de 2013, y a la propia jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Supremo en relación con 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 a 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.*, por todas, las recientes Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010; 11 de enero, 8 de junio y 16 de agosto de 2011, y 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013).

4. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo en las citadas resoluciones, en relación con la calificación de las cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios, es necesario partir de la capital sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (Sala Primera) en la que se consideraron no inscribibles determinadas cláusulas de vencimiento anticipado y, por tanto, se confirmó la necesidad de proceder a su calificación, pues únicamente es posible excluir la inscripción de unas y no otras si previamente se examinan todas y se suspende o deniega, motivándolo oportunamente, la inscripción de aquellas que no proceda. En concordancia con dicha Sentencia y con cita reiterada de la misma, ya desde la Resolución de este Centro Directivo de 1 de octubre de 2010 ha venido reiterando que el registrador ha de calificar la procedencia o no de inscripción de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios conforme a los criterios de dicha Sentencia, puntualizando las razones en que se funda en su nota, sin que basten alegaciones meramente genéricas.

Una conclusión a la que, por lo demás, hay que llegar también si nos atenemos a la jurisprudencia comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios. No hay que olvidar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en esta materia y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado a las Directivas. Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, en efecto, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, comprende a todas las autoridades de los Estados miembros, entre las que deben incluirse los registradores. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores –transpuesta mediante 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— tal y como ha puesto de manifiesto la Abogada General en sus conclusiones al asunto C-40/08, exige expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, la disposición de instrumentos, esto es, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas.

En la misma línea, se manifestó la Corte Comunitaria en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08) en que la Corte de Luxemburgo da respuesta a una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si podría interpretarse el artículo 6.1 de la ya mencionada Directiva 93/13, de modo que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no pudiese operar *ipso iure*, sino únicamente en caso de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo resolvió la citada cuestión declarando que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

Ratifica y precisa la Corte de Luxemburgo, en los citados términos, este criterio ya expresado en una Sentencia previa de 21 de noviembre de 2002, Cofidis (C-473/00), en la que declaró que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva y no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los Tribunales le disuadan de defenderlos; y en la Sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98), en la que subrayó que queda excluido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva pueda interpretarse en el sentido de que el consumidor únicamente puede considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva si ha presentado una demanda explícita en tal sentido. En el mismo sentido se pronunció también la Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05). De nuevo ha ratificado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea este criterio en su reciente Sentencia de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/2010, Banco Español de Crédito), indicando que la depuración por el juez de la cláusula abusiva debía realizarse incluso de oficio.

Esta jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial. La nulidad de pleno derecho actúa *ope legis* o por ministerio de la ley y, en consecuencia, como ha destacado la doctrina, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse «por no puestas» tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral. Por este mismo motivo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en su parágrafo 123, y en relación con los límites a la autonomía procesal en materia de cláusulas abusivas, afirma que no obstante el límite que impone la exigencia de que la sentencia sea congruente con el suplico, «este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo, «esa operatividad *ipso iure* es una de las características de la nulidad absoluta». Por ello, la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, es una nulidad que declara directamente la misma Ley, y el mandato legal de «tenerlas por no puestas» dirigido a todos los funcionarios que aplican la Ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra», bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de

reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los artículos 85 y siguientes del citado Texto Refundido, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues, al margen de otras consideraciones (el art. 258.2 de la Ley Hipotecaria no exige dicha inscripción, como tampoco la exige el art. 18 de la Ley 2/2009, de 31 de enero), tal exigencia infringiría el reiterado principio de efectividad de las Directivas europeas en materia de consumidores.

Coherentemente con estos imperativos, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo). Como ha venido destacando la doctrina de este Centro Directivo a partir de su Resolución de 1 de octubre de 2010 y en las posteriores que han tratado la materia, la interpretación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria no puede hacerse de forma aislada sino mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa propios. De este modo, se deben tener en cuenta particularmente, en primer lugar, los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla un conjunto de normas cuya *ratio* es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado, y que en su artículo 18.1 reafirma el control de legalidad de los registradores al disponer que «los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley». En este sentido, no debe olvidarse que el Registro de la Propiedad es una institución al servicio de la seguridad jurídica preventiva (cfr. art. 9.3 de la Constitución) que, como tal, actúa «ex ante» mediante la calificación del registrador, evitando litigios y situaciones de conflicto con el carácter preventivo y cautelar propio de su naturaleza. De este modo, como afirma la resolución de 18 de noviembre de 2013, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una actividad calificadoras de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, desde luego cuando su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador, así como, obviamente, en aquellos otros casos en que sin concurrir dicha abusividad adolezca de nulidad por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva.

5. Finalmente, esta doctrina sostenida por esta Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la calificación de las cláusulas financieras abusivas según la Directiva 93/13/CEE, ha quedado reforzada tras las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, y 14 de marzo de 2013, que han reafirmado el «principio de efectividad» de las Directivas comunitarias en el sentido antes expuesto y que, a su vez, han inspirado las modificaciones legales introducidas en nuestro Ordenamiento jurídico por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuyo artículo 6, epicentro del debate jurídico objeto del presente expediente, debe ser interpretado en tal contexto.

A su vez, la doctrina expuesta de este Centro Directivo ha quedado ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera) de 13 de septiembre de 2013, según la cual «el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, por más que merezca la consideración de

básico sobre la materia, no es el único a ella referido. Así, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, tras destacar, en el artículo 2, que los derechos reconocidos por ella a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables y que son nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, proclama, en el artículo 18, con ocasión de referirse a los deberes de los notarios y registradores, que estos últimos denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en la propia Ley. Así, también, el apartado 1 de los artículos 552 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución. En general, las normas de protección de los consumidores y las exigencias de su interpretación conforme a la legislación europea, contienen una llamada al referido elemento sistemático de interpretación. Finalmente, no hay que olvidar las consecuencias que se derivan de los que nuestra doctrina ha venido denominando actos nulos *apud acta*, las cuales se imponen de una manera inmediata; entre ellas, la de mandar que los funcionarios se nieguen a prestar su colaboración profesional a los títulos jurídicos que sean evidentemente nulos./Sucede que ésta es la doctrina seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, claramente en resoluciones posteriores a la que motivó el recurso de casación, como la de 16 de agosto de 2011, que trata la cuestión en sus términos adecuados, a los que, en lo menester, nos remitimos».

6. Pues bien, esta misma doctrina, *a fortiori*, resulta aplicable al control previo 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 su Sentencia 242/2013, de 9 de mayo. 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 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 citada Sentencia: «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 13 de mayo de 2009 antes citada, se encarga de recordar que dichas afirmaciones se hicieron con «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.* párrafo 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» (párrafo 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 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 *contrario sensu* 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.* art. 7 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación), al que después volveremos. 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 la conclusión alcanzada por el Alto Tribunal: «215. ... a) 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».

Y es a la luz de estos claros criterios jurisprudenciales que se debe realizar la valoración del defecto opuesto en la calificación impugnada, pues la omisión de la expresión manuscrita a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, se pone por la registradora calificante en relación con los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la reiterada Sentencia de 9 de mayo de 2013.

7. Pero es que, 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 141/2013).

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 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, 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 Orden Ministerial 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 ha sido reforzado 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 (art. 20), una ficha de información precontractual (art. 21), otra ficha de información personalizada (art. 22), información adicional sobre instrumentos de cobertura de riesgo de intereses (art. 24) y otra información adicional sobre cláusulas suelo y techo (art. 25).

A la vista de tal regulación, la cuestión que se plantea, por tanto, es la de 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» –[I]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» (párrafo 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.

8. 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, y que en función del mismo y de la finalidad a que responde, y de las consideraciones antes realizadas, no puede sino conducir a la desestimación del recurso. En efecto, la finalidad eminentemente tuitiva de la norma debe conducir a rechazar interpretaciones que permitan la posibilidad de su elusión total o parcial o la imposibilidad de su aplicación plena en determinados casos. En el presente supuesto no existen dudas sobre la concurrencia de los requisitos que definen el ámbito subjetivo del citado precepto legal (los prestatarios son personas físicas) y objetivos (la hipoteca recae sobre la vivienda habitual de aquellos). Tampoco existe duda alguna en relación con la modalidad del contrato del que puedan derivar los riesgos de los que debe haber sido adecuadamente advertido el prestatario (un préstamo hipotecario).

La controversia se centra en una de las tres circunstancias del citado contrato cuya presencia completa la definición del supuesto de hecho de la norma, en particular la referida a que se trate de préstamos hipotecarios «que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés». En la locución «instrumento de cobertura del riesgo de interés» se comprenden varias figuras cuyo objetivo común es minimizar el riesgo que asume el prestatario al contratar un préstamo hipotecario a interés variable derivado de una posible subida de tipos, hipótesis previsible en contratos de larga duración, que pueden determinar eventualmente una dificultad o imposibilidad de hacer frente a las cuotas periódicas de amortización. Entre tales modalidades de cobertura, junto con el «swap» o permuta financiera de tipos de interés, que supone un cambio temporal del tipo de interés variable contratado por otro fijo, figura el denominado «cap.» hipotecario que protege contra la subida del tipo de interés por encima de un determinado límite máximo y durante un concreto periodo de tiempo. Durante ese periodo y mediante el pago de una cantidad (que se denomina «prima», pero esta denominación no debe confundir, pues no se trata de un seguro) el prestatario queda a salvo de las alzas del tipo de interés que puedan producirse por encima del nivel que se hubiera pactado. Una vez finalizado el plazo para el que se ha contratado esta cobertura, volverán a pagarse los intereses al tipo que resulte de la revisión periódica pactada. El «cap.» exige el pago inicial de una cantidad que debe ser abonada por el cliente con arreglo al sistema de liquidación pactado, con independencia de lo que ocurra con los tipos de interés posteriormente. Estas coberturas rigen normalmente durante periodos cortos muy inferiores a la duración media de los préstamos hipotecarios. Como señala la guía de los préstamos hipotecarios del Banco de España: «La contratación de productos de aseguramiento de la variación de tipos de interés (swaps o derivados) es una opción que el consumidor ha de valorar, analizando con profundidad las implicaciones económicas y legales de su contratación y los costes que pueden conllevar tanto su contratación como su posible cancelación anticipada, pudiendo llegar a ser estos últimos muy importantes».

El recurrente, basando su tesis impugnativa en una interpretación meramente literal del artículo 6 de la Ley 1/2013, entiende que en el caso objeto del presente expediente no concurre la circunstancia de que el préstamo hipotecario escriturado «lleve asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés». Sin embargo, frente a dicha interpretación literal debe prevalecer otra que, conjugando todos los elementos de una hermenéutica completa de la norma, responda a su verdadera finalidad que, como se ha dicho, es eminentemente tuitiva y protectora del prestatario frente al riesgo del incremento de los costes financieros de la operación que pueden generar un peligro de insolvencia e impago que, a su vez, determine la ejecución y la pérdida de la propia vivienda.

En este sentido, en primer lugar, una interpretación literal y restrictiva de la norma podría hacer perder eficacia a la norma en la medida en que vendría a resultar redundante respecto de la protección que para los productos de cobertura del riesgo de variación de intereses ya dispensa el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que ya impone la obligación de información exhaustiva en relación con cualquier sistema de cobertura de tipo interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad, de sus características y riesgos, información que se deberá recoger en un anexo a la Ficha de Información Personalizada. Es más, en cierto sentido tal interpretación podría constituir una regresión respecto de la citada Orden pues, el apartado 3 del mencionado artículo señala que: «No será necesario, a efectos de la aplicación de lo previsto en este artículo, que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo». Obsérvese cómo la propia rúbrica del artículo 6 de la Ley 1/2013 pone el acento en la idea del «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario», lo que excluye cualquier interpretación que no pase por aceptar que el resultado de la norma es el de un incremento del nivel de protección previo al deudor hipotecario. En segundo lugar, se debe atender al carácter eventual o meramente potencial de los riesgos que se tratan de prevenir («posibles riesgos derivados del contrato», referido al préstamo hipotecario). Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la información suministrada al consumidor debe permitirle apreciar que se trata de una cláusula «que incide o puede incidir en su obligación de pago» (*vid.* párrafo 211). En tercer lugar, frente a la necesidad actual de que se estipulen en el contrato limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, en el caso de las cláusulas suelo y techo, a que se refiere la letra a) del apartado 2 del reiterado artículo 6 («que se estipulen limitaciones...»), en el caso de la letra b) no se impone la exigencia expresa de una estipulación o contratación definitiva actual al tiempo de otorgar la escritura del préstamo hipotecario, sino que se utiliza la expresión más abierta y flexible de llevar «asociada». La acción de asociar en este caso se debe entender no en el sentido de vincular, sino en el de relacionar (tercera de las acepciones del diccionario de la Real Academia de la Lengua). Esta relación en el presente caso existe según se desprende de una atenta lectura de la cláusula contractual debatida. En la misma no sólo se establece la previsión de la bonificación del tipo de interés para el caso de que se llegue a contratar el instrumento de cobertura, ni se limita a ofrecer una información detallada de las características del mismo, sino que, además, prefigura, preordena, la regulación contractual de la cobertura para el caso de que finalmente, en cualquier momento de la vida del préstamo hipotecario, se contrate. En este sentido, si bien en la citada cláusula no existe una «imposición del contrato» en el sentido de «obligar a contratar», sí existe lo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 denomina «imposición del contenido» (párrafo 151). Así en la citada cláusula 3.<sup>a</sup> bis, consta un apartado 3.bis.5, se establece que la contratación del Cap hipotecario deberá hacerse «por un importe mayor al 70% del saldo pendiente... En el caso de que el tipo variable sea igual o inferior al tipo de interés Cap, el cliente no recibirá pago alguno a su favor y vendrá obligado al pago de la prima periódica correspondiente, si ésta es la forma de pago de prima elegida. La cobertura del riesgo de tipo de interés (Cap) es aplicable sobre el importe nominal que se convenga, que será igual o inferior al importe inicial del préstamo, y se podrá convenir

por un plazo de 3 ó 5 años, si bien, en todo caso, por un plazo inferior al pactado para el préstamo. La cobertura podrá cancelarse en caso de vencimiento anticipado del préstamo o subrogación activa a otra entidad. En aquellos casos en que la forma de pago de prima elegida sea la de prima periódica, el cliente deberá satisfacer al Banco, con ocasión de esa cancelación anticipada, las fracciones de prima que queden pendientes de pago hasta la fecha de vencimiento de la cobertura convenida. El precio de la cobertura (prima) dependerá de las condiciones de mercado que existan en el momento de formalización del préstamo hipotecario y/o la cobertura y no será recuperable por el cliente, aun en el caso de vencimiento anticipado».

Por tanto, se está fijando en esta estipulación el contenido del instrumento de cobertura en sus elementos básicos: importe garantizado (como porcentaje sobre saldo pendiente), plazo de duración, criterio de fijación del precio, condiciones de vencimiento anticipado, destino de la prima periódica en caso de resolución anticipada o subrogación en la hipoteca de un tercero, etc. Sin necesidad de abordar la conceptualización jurídica de estas previsiones desde un punto de vista dogmático, sí puede afirmarse en relación al instrumento de cobertura que estamos en presencia de algo más que meros tratos preliminares, y que por el contrario tales previsiones se desenvuelven en un terreno entre la denominada por los autores contractualización del régimen jurídico de la fase de negociaciones y los contratos o estipulaciones preparatorias (precontrato de adhesión). En cualquier caso, basta esto para poder afirmar que su inserción o incorporación al propio clausulado del préstamo hipotecario, además con repercusión directa sobre el precio del mismo al determinar una bonificación sobre los intereses, permite afirmar la existencia de una asociación o relación entre el préstamo hipotecario y el «cap» hipotecario prefigurado en dicha estipulación, activando con ello la exigencia de la firma manuscrita sobre la advertencia sobre los posibles riesgos derivados impuesta por el artículo 6 de la Ley 1/2013. Obsérvese que dado que la duración media de estos instrumentos de cobertura es significativamente menor que la del propio préstamo hipotecario al que acompañe, en caso de imponerse la interpretación en que pretende ampararse el recurrente ello conduciría a excluir la garantía protectora incorporada al citado artículo 6 en toda hipótesis en que la cobertura se acuerde en cualquier momento posterior al del otorgamiento del préstamo hipotecario, aun cuando, como aquí sucede, su estipulación posterior, y sus concretas condiciones, estuviesen ya previstas en el propio contrato de préstamo, facilitando con ello de forma evidente la elusión de la norma y, en cualquier caso, brindando al deudor hipotecario un nivel de protección inferior.

Finalmente, tampoco constituye motivo que enerve tal conclusión el argumento invocado por el recurrente en el sentido de que para que sea obligatoria la expresión manuscrita de la advertencia es necesario el requisito adicional de que entre los posibles riesgos del contrato se encuentre el de la existencia de «eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo [que] pueden ser negativas». Sin necesidad ahora de prejuzgar si tal requisito adicional es o no imprescindible, es lo cierto que de serlo no puede salvar el obstáculo señalado en la calificación pues la atenta lectura de la estipulación debatida claramente pone de manifiesto la previsión de tal peligro financiero, según se desprende de la siguiente previsión: «Una vez formalizada la operación de cobertura o Cap, los tipos de interés pueden evolucionar de tal manera que el coste financiero soportado por el cliente (primas) sea superior a las cantidades a recibir del Banco durante la vigencia de la operación, pudiendo darse la circunstancia, por tanto, de que en determinados periodos de cálculo, e incluso en la totalidad de los mismos, el cliente haya pagado la prima, o deba hacerlo si opta por una prima periódica, sin recibir contraprestación del Banco».

En definitiva, ante la disyuntiva de tener que optar por un nivel inferior o por otro superior de protección al deudor hipotecario, en relación con la interpretación y aplicación del estudiado artículo 6 de la Ley 1/2013, resulta evidente que el conjunto de las consideraciones realizadas a lo largo de los precedentes fundamentos jurídicos en relación al espíritu y finalidad de la norma conducen a la segunda alternativa, lo que aboca necesariamente a la desestimación del recurso.



En consecuencia, esta Dirección General ha acordado confirmar la nota de calificación recurrida y desestimar el recurso interpuesto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

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, 5 de febrero de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.