

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11457 *Resolución de 10 de noviembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación practicada por el registrador de la propiedad accidental de Sueca, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario unilateral.*

En el recurso interpuesto por don Eduardo Lluna Aparisi, notario de Valencia, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad accidental de Sueca, don Gil Vicente Matoses Astruells, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario unilateral.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 14 de junio de 2016 por el notario de Valencia, don Eduardo Lluna Aparisi, número 721 de protocolo, se formalizó un préstamo con garantía de hipoteca unilateral otorgada por don J. L. P. y doña A. M. R. G. en favor de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA», para financiar la adquisición de una segunda residencia, hipoteca que fue constituida sobre esa misma vivienda, la finca registral número 45.966 del Registro de la Propiedad de Sueca.

II

Dicha escritura fue presentada telemáticamente en el Registro de la Propiedad de Sueca, siendo objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Sueca Hechos Primero.—En escritura autorizada por el notario de Valencia don Eduardo Lluna Aparisi, en fecha 14 de junio de 2016, número 721/2016 de su protocolo, se formaliza préstamo con garantía hipotecaria unilateral a favor de “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA”, sobre la finca registral número 45.966 de Sueca, CRU 46047000635308, el cual ha sido expresamente aceptado por la entidad acreedora en virtud de diligencia extendida por el propio notario autorizante en fecha 14 de Junio de dos mil dieciséis. Segundo.—Copia autorizada de la citada escritura se presentó en este Registro de la Propiedad de Sueca, por vía telemática, el día 14 de junio de 2016, causando el asiento 612 del diario 259; posteriormente, fue aportada copia autorizada en soporte papel debidamente liquidada en fecha 28 de junio de 2016. Asimismo, en fecha 5 de julio de 2016 fue despachado título previo —escritura pública de compraventa a favor de los hipotecantes autorizada por el Notario de Valencia don Eduardo Lluna Aparisi, en fecha 14 de junio de 2016, número 720/2016 de su protocolo, causante del asiento 611 del Diario 259— (cfr. artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, 97 y 432 de su Reglamento). Fundamentos de Derecho. Se han apreciado en la adjunta escritura, previa su calificación registral —conforme a los artículos 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria—, los siguientes Defectos: Primero.—En la Cláusula financiera tercera “intereses ordinarios. Periodos de interés”, apartado 3.1 “Devengo y vencimiento”, párrafo tercero, se indica que “Debido a la naturaleza del contrato, en ningún caso se podrán generar intereses a favor del prestatario” de lo anterior resulta el establecimiento de un límite a la variabilidad a la baja del tipo de interés ordinario que resulta de aplicación, que exigirá: bien la rectificación de la cláusula indicada, por parte de los otorgantes del precedente documento, mediante la supresión de dicho párrafo tercero del apartado 3.1 “Devengo y vencimiento”, de la Cláusula financiera tercera “intereses ordinarios. Periodos de interés” (no pudiendo realizarse dicha supresión de oficio como consecuencia de la calificación registral de las

cláusulas de la hipoteca, y pese a la solicitud de inscripción parcial del precedente documento, en tanto de ese modo se estaría alterando el contenido del negocio cuyo acceso al Registro se pretende sin consentimiento de los interesados); o bien, en caso de que se pretenda el acceso al Registro de dicho párrafo tercero del apartado 3.1 “Devengo y vencimiento”, de la Cláusula financiera tercera “intereses ordinarios. periodos de interés”, que se haga constar expresamente que en la matriz existe “expresión manuscrita” de los prestatarios por la que los mismos pongan de manifiesto que han sido adecuadamente advertidos de los riesgos derivados de la existencia de una cláusula en que se establece una limitación a la baja en relación con la variabilidad del tipo de interés ordinario (caso de no existir tal expresión manuscrita deberá realizarse y, además, indicarse que la misma ha sido realizada en los términos establecidos por el Banco de España). Todo ello encuentra su fundamento en 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 tiene por objeto el fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios, al disponer lo siguiente, precepto que exige que en la escritura de hipoteca conste expresión manuscrita por parte del prestatario, persona física, de que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato firmado”, lo que implica, dada su trascendencia jurídica, que esa aseveración manuscrita, de una u otra manera, deberá quedar reflejada en todas las escrituras de hipoteca que se encuentren bajo su ámbito de aplicación: ello es así 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 las cláusulas suelo –que será el supuesto más frecuente–, ya que esa expresión manuscrita constituye la forma que el legislador ha elegido para asegurarse el conocimiento, por parte de los consumidores, de los efectos de los enumerados productos bancarios y del riesgo financiero que los mismos comportan. Respecto a su ámbito de aplicación (artículo 6.2), deben darse los siguientes requisitos cumulativamente: a) solo se aplica al caso de que el prestatario sea persona física; b) la hipoteca constituida debe recaer sobre una vivienda o bien referirse a una finalidad que sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir; y c) que la escritura de hipoteca contenga o lleve asociado un instrumento de cobertura de riesgo de tipo de interés –ej. “swap”–, una cláusula de suelo y techo de límites diversos respecto de los intereses ordinarios o se trate de una hipoteca en divisas (por tanto, será aplicable, entre otros supuestos, bien cuando solo existan “cláusulas suelo” –el techo sería ilimitado– o también cuando existiendo simultáneamente “cláusulas suelo y cláusulas techo”, el umbral de subida sea mayor que el de bajada). Dichos tres requisitos concurren en el presente supuesto, en la medida que el prestatario es una persona física, la hipoteca recae sobre una vivienda y se ha pactado una limitación a la baja en relación con la variabilidad del tipo de interés mediante el mecanismo del no-devengo, sin pactarse una cláusula-techo (cfr. en este sentido, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2015). En esta materia debe tenerse en cuenta que la finalidad de la norma es evitar asimetrías informativas entre los consumidores –personas físicas– y los operadores financieros profesionales, asimetrías que se han puesto de manifiesto por la citada sentencia del Tribunal Supremo respecto de las cláusulas suelo, por numerosas sentencias de la mayoría de las Audiencias Provinciales respecto de los contratos de derivados financieros y por la propuesta de Directiva de la Unión Europea de “contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial” respecto de los préstamos hipotecarios en divisas. Para facilitar la labor de los interesados, y sin perjuicio de otros medios admitidos en Derecho, este defecto puede subsanarse: a) bien rectificándose la Cláusula financiera tercera “intereses ordinarios. Períodos de interés”, apartado 3.1 “Devengo y vencimiento”, por parte de los otorgantes del precedente documento, mediante la supresión de su párrafo tercero en que se indica que “Debido a la naturaleza del contrato, en ningún caso se podrán generar intereses a favor del prestatario”; b) o bien, en caso de que se pretenda el acceso al Registro de dicho párrafo tercero de la Cláusula financiera tercera “intereses ordinarios. Períodos de interés”, apartado 3.1 “Devengo y vencimiento”, haciendo constar expresamente que en la matriz existe “expresión manuscrita” realizada por cada

uno de los prestatarios, en los términos establecidos por el Banco de España –en concreto, en el Anejo IX de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario en su versión de julio de 2013–, por la que los mismos pongan de manifiesto que han sido adecuadamente advertidos de los riesgos derivados de la existencia de dicha limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés ordinario pactado (caso de no existir tal expresión manuscrita deberá realizarse y, además, indicarse que la misma ha sido realizada en los términos establecidos por el Banco de España). En el indicado Anejo IX de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario en su versión de julio de 2013 se indica literalmente lo siguiente: “Anejo IX. Expresión manuscrita de advertencia de los riesgos del contrato (artículo 6 de la Ley 1/2013). Como capítulo aparte y cuestión a la que ya nos hemos referido en esta guía, del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, surge la obligación del notario de recabar del prestatario, en el momento de la escritura, una «expresión manuscrita» suya por la que manifiesta haber sido advertido de los riesgos derivados del contrato, si este 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. A continuación se transcribe el texto determinado al respecto por el Banco de España conforme al mandato dictado por el precepto citado: “Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario: (i) establece limitaciones [indicar cuál /es: suelos y/o techos] –en este caso, suelo–a la variabilidad del tipo de interés; (ii) lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [indicar cuál], y (iii) está concedido en la/s siguiente/s divisa/s [indicar cuál/es]. 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: a) el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado] –en este caso, de cero por ciento–, esto es, no devengará intereses a mi favor; las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas, y mi préstamo no se expresa en euros y, por lo tanto, el importe en euros que necesitaré para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/euro]”. Son de aplicación los artículos 1255 y 1256 del Código Civil; 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación; 10 y 80 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Ley 2/2009, de 31 de marzo, de protección de los consumidores en los préstamos hipotecarios; 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; 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); 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; así como, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2013, 4 de febrero de 2014, 23 de julio de 2014 y 10 de diciembre de 2015. De esta última resulta lo siguiente: “Así planteados los términos del debate, la alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida que señala que dada la naturaleza jurídica de esta operación y de acuerdo con los artículos 1740 del Código Civil y 315 del Código de Comercio, el interés es la retribución a Bankinter por el préstamo concedido y por tanto solo puede devengarse a favor de Bankinter como prestamista. Por tanto, si en algún momento la suma del tipo de referencia y diferencial personalizado generara un resultado negativo, ello no podría nunca entenderse como un derecho del prestatario a percibir ningún importe como retribución o por cualquier otro concepto”, no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera, éste no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse. Ello es así porque a los

efectos de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 es irrelevante que la concurrencia de intereses negativos durante un determinado período del contrato, cuya posibilidad nadie niega en los préstamos a interés variable, altere la naturaleza jurídica de éste convirtiéndole, por ejemplo, en un contrato de depósito retribuido; o que, por el contrario, al tratarse de un contrato de larga duración y constituir el interés, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, el precio de préstamo, tal posibilidad sea únicamente una forma acordada por las partes de fijar el precio final, el cual vendrá constituido por el montante neto de los intereses devengados al término del contrato, montante que sí deberá ser siempre positivo. Es decir, el citado artículo 6 deberá aplicarse, tanto si se considera que la cláusula de variabilidad del interés no es suficiente para generar una obligación de pago por parte del prestamista (los intereses negativos), como si se entiende, en el segundo caso, que los intereses que finalmente pague el prestatario serán una consecuencia de la propia operatividad de la variabilidad de los mismos, la cual se asemeja, en cierta medida, a la de los instrumentos estructurados, cuya contratación asociada a un préstamo hipotecario, por otra parte y como se infiere del propio artículo 6, no altera la naturaleza jurídica del préstamo ni excluye la necesidad de la expresión manuscrita sino que la impone especialmente. El pago de intereses –los negativos– por parte del acreedor en favor del prestatario no transforma el préstamo convirtiéndolo en un depósito retribuido, como parece afirmar el recurrente, porque la causa jurídica de ambos contratos es distinta y tal pago carece de virtualidad para alterar la obligación del deudor de devolución del dinero recibido por cuotas en los plazos pactados, en una obligación de devolución íntegra a solicitud del depositante o prestamista (artículos 1766 y 1775 del Código Civil), y porque cuando el depositario tiene permiso para servirse del dinero depositado, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en un préstamo (artículo 1768 del Código Civil). Lo que sí es posible interpretar es que con esta cláusula se quiere significar que existirán unos períodos del préstamo en los que el contrato devengará intereses y otros en los cuales no concurrirá tal devengo, posibilidad que se infiere del artículo 1740 del Código Civil, determinándose por dicha cláusula cuándo tiene lugar esta circunstancia. Pero, aunque este fuere el caso, y reconociendo que en dicha situación no nos encontraríamos propiamente ante una cláusula suelo, la propia complejidad de la situación que se genera, como ponen de manifiesto las distintas tesis explicativas acerca de su naturaleza y efectos, reconducen el tema al marco del control de transparencia o comprensibilidad del deudor. En definitiva, lo relevante es que en el supuesto de préstamo con pacto de variabilidad de los intereses existe la posibilidad cierta de que éstos financieramente lleguen a ser negativos y, por tanto, si el prestamista, en ejercicio de su legítimo derecho, predispone una cláusula que limite o excluya tal posibilidad, aunque sea a efectos aclaratorios, su incorporación al contrato de préstamo hipotecario exigirá, por disposición legal imperativa y como canon de transparencia, la aportación de la repetida expresión manuscrita. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señala, como ya se ha indicado anteriormente, que el control de transparencia tiene por objeto “que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la ‘carga económica’ que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica “tanto en los presupuestos o elementos típicos” que configuran el contrato celebrado, “como en la asignación o distribución de los riesgos” de la ejecución o desarrollo del mismo”, es decir, que tal control de transparencia y el cumplimiento de sus requisitos legales, que lleven a la certeza de que el prestatario ha comprendido las consecuencias económicas y jurídicas del contrato que firma y de sus cláusulas asociadas, operan tanto si la limitación a la variabilidad de los intereses a la baja resulta de un pacto expreso del tipo cláusula suelo, como si la misma deriva, en determinados supuestos, de la propia naturaleza o tipicidad del contrato de préstamo o de un pacto de exclusión de devengo de intereses, sin perjuicio de que en tales casos la denominada expresión manuscrita debe ser objeto de la correspondiente adaptación. La afirmación acerca de que la cláusula debatida no constituye una auténtica cláusula suelo y que, por tanto, la

literalidad del artículo 6 excluirá el requisito a que se viene haciendo referencia, tampoco merece una consideración favorable porque, aun siendo correcto que tal estipulación no constituye propiamente una cláusula suelo, independientemente que la aplicación del principio general antes enunciado de la interpretación pro consumidor de las normas que regulan las condiciones generales de la contratación y la protección de los consumidores conduciría a su asimilación; lo cierto es que dicho artículo y sus concordantes no tienen como ámbito de aplicación las cláusulas suelo estrictamente consideradas sino todas aquellas, del tipo que sean, que limiten de alguna forma la variabilidad de los intereses, entre las cuales se encuadra la que es objeto de este expediente que excluye el devengo de intereses cuando los mismos puedan ser negativos. Así, el repetido artículo 6 de la Ley 1/2013 dispone como ámbito de su aplicación las escrituras públicas en que se estipulen “limitaciones a la variabilidad del tipo de interés”, es decir, todas ellas, añadiendo a título de ejemplo “del tipo de las cláusulas suelo y techo”, y el artículo 25 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación, en los mismos términos, impone la exigencia de una información adicional por parte del prestamista en el caso de préstamos en que se hubieran establecido “límites a la variación del tipo de interés”, añadiendo “como cláusulas suelo o techo”, pero no solo en estos casos estrictamente considerados. Por último, en el mismo sentido, el artículo 30, número 3, letra b), circunstancia 3.ª, de la Orden EHA 2899/2011, regula la información expresa y especial que debe dar el notario autorizante en las escrituras de préstamo hipotecario en que “se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo”. Es cierto, como ya señalaron las Resoluciones de 12 de marzo y 8 y 27 de octubre de 2015, que de “lege ferenda” el control de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias informativas y clarificadoras impuestas por la regulación sectorial, de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor ha podido evaluar directamente, basándose en criterios y explicaciones comprensibles, las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas; añadiendo, si se estima conveniente, que expresamente éste ha manifestado al notario la comprensión de las mismas en los supuestos especiales respecto a los que ahora se exige la expresión manuscrita. Pero como se ha expuesto anteriormente ésta no es la situación legislativa y jurisprudencial vigente en el momento actual. Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y, por otro lado, constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza”. Segundo.—Sin perjuicio de los defectos anteriormente indicados, y dado el carácter unitario de la calificación registral, una vez calificadas las cláusulas que configuran la garantía hipotecaria inscrita 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, se deniega la inscripción de las cláusulas siguientes, por ser contrarias a las normas imperativas o nulas por abusivas, carecer de trascendencia real o reiterar previsiones legalmente establecidas: – de la Cláusula Financiera Primera “Capital del préstamo”: desde “Además de la garantía hipotecaria (...)” hasta el final de dicha cláusula, por carecer de trascendencia real en tanto hace referencia a obligaciones accesorias distintas de la hipoteca cuya constitución se pretende (artículos 1857 y 1861 del Código Civil, 104 y 105 de la Ley Hipotecaria). – de la Cláusula Financiera Segunda “Duración. Vencimientos. Reembolso anticipado”, apartado “2.2. Vencimientos”, subapartado “2.2.2. Vencimientos en período de amortización” de su párrafo tercero desde “Asimismo en la FIPER (...)” hasta el final de dicho párrafo, así como su párrafo cuarto, por carecer de trascendencia real (artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su

Reglamento); del apartado “2.3. Amortización anticipada. Condiciones generales. Compensación por desistimiento por amortización anticipada subrogatoria y no subrogatoria”, su penúltimo párrafo, por la inmediatez de la hipoteca a la que resultan ajenos comportamientos del deudor distintos del cumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada, conforme al artículo 1876 del Código Civil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 1996 y por su carácter superfluo y carente de trascendencia real (artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6 de su Reglamento); el apartado “2.5. Ejemplos sobre el importe de la compensación por desistimiento por amortización anticipada”, por carecer de trascendencia real (arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.^a de su Reglamento). – de la Cláusula Financiera Tercera bis “Tipo de interés variable. Índice de referencia”: del apartado “3. bis. 3. Información adicional sobre la variación del Tipo de Referencia y su efecto sobre las cuotas”, por carecer de trascendencia real (arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.^a de su Reglamento). – de la Cláusula Financiera Cuarta “Comisiones”: del apartado 4.2. “Comisión por subrogación”, el inciso “Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 12.^a”, por carecer de trascendencia real, en tanto dicha cláusula no es objeto de reflejo registral, como se indicará posteriormente (arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.^a de su Reglamento); del apartado 4.3. “Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas”, desde “sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la cláusula siguiente”, por su carácter abusivo, según pone de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en que los declara nulos en la medida que conllevan un desequilibrio relevante para el consumidor, por tratarse en general de gastos cuya satisfacción corresponde legalmente a la entidad acreedora; además, en la medida que, siguiendo lo indicado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en relación a las costas procesales, la imputación de las mismas se halla regulada legalmente (artículos 394, 398, 539 y 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), correspondiendo al Juez su atribución al deudor o acreedor según las vicisitudes del procedimiento y mediante la aplicación de la indicada regulación y, asimismo, en cuanto a la imputación de los honorarios de abogado y aranceles de procurador, según pone de manifiesto el Tribunal Supremo en la indicada Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en tanto la misma es contraria al artículo 32.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los excluye de la condena en costas, salvo temeridad, por lo que su imposición al deudor supone abusividad por falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes (artículo 86 de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); y en relación con los gastos derivados del procedimiento de venta extrajudicial ante notario, porque tales gastos se encuentran legalmente tasados en el artículo 236.k).3 del Reglamento Hipotecario según el cual el notario debe practicar la liquidación de gastos, considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos. – la Cláusula Financiera Quinta “Gastos”, por su carácter abusivo, según pone de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en que los declara nulos en la medida que conllevan un desequilibrio relevante para el consumidor, por tratarse en general de gastos cuya satisfacción corresponde legalmente a la entidad acreedora; además, en la medida que, siguiendo lo indicado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en relación a las costas procesales, la imputación de las mismas se halla regulada legalmente (artículos 394, 398, 539 y 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), correspondiendo al Juez su atribución al deudor o acreedor según las vicisitudes del procedimiento y mediante la aplicación de la indicada regulación y, asimismo, en cuanto a la imputación de los honorarios de abogado y aranceles de procurador, según pone de manifiesto el Tribunal Supremo en la indicada Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en tanto la misma es contraria al artículo 32.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los excluye de la condena en costas, salvo temeridad, por lo que su imposición al deudor supone abusividad por falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes (artículo 86 de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); y en relación con los gastos derivados del procedimiento de venta extrajudicial ante notario, porque tales gastos se encuentran

legalmente tasados en el artículo 236.k).3 del Reglamento Hipotecario según el cual el notario debe practicar la liquidación de gastos, considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos. –las Cláusulas Financieras Quinta Bis “Importe total a reembolsar e importe máximo de préstamo disponible”, Quinta Ter “Vinculaciones y otros costes” (salvo su párrafo primero, que sí será objeto de reflejo registral) y Quinta Quáter “Derecho de subrogación”, completas, por contener previsiones carentes de trascendencia real (arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento). –de 1a Cláusula Financiera Sexta Bis, “Vencimiento anticipado del préstamo”, apartado “6.bis.1. Causas de vencimiento anticipado del préstamo”, las letras c) d), f), y g), por haber sido declarada nula por la STS 792/2009, en cuanto atribuyen eficacia resolutoria del contrato a cualquier incumplimiento o al incumplimiento de obligaciones meramente accesorias independientes de la obligación asegurada: El Fundamento de Derecho Vigésimo de la referida Sentencia establece que es desproporcionada aquella cláusula que atribuye carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorias. En este mismo sentido, señala el referido Fundamento de Derecho, se pronuncian las STS de fechas 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008–, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes; además, según razona la STS 792/2009, “de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio”. –“de la Cláusula Financiera Sexta Bis”, “Vencimiento anticipado del préstamo”: los apartados “6.bis.2. Consecuencias para la parte prestataria” y de la “6.bis.3 Riesgos y advertencias”, por contener previsiones carentes de trascendencia real –arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento–. – la Cláusula Financiera 6.ter ‘Atención al cliente. Medidas de protección”, completa, por tratarse de estipulaciones de carácter informativo y carentes trascendencia real –arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento–. – la Cláusula Séptima “Finalidad del préstamo”, por cuanto hace referencia a una obligación accesorias de la obligación garantizada que carece de trascendencia real y es independiente de la hipoteca cuya constitución se insta en el título calificado (artículos 1822 y siguientes del Código Civil, 2 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento). – de la Cláusula Octava “Forma de pago. Solidaridad. Indivisibilidad. Imputación. Compensación”: de su apartado “8.2. Solidaridad”, su párrafo segundo, y sus apartados “8.4. Imputación de pagos” y “8.5. Compensación”, completos, por tratarse de pactos carentes de trascendencia real –arts. 1172 y ss. y 1195 y ss. del Código Civil, 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento–. 12.–de la Cláusula Novena “Constitución de hipoteca”: el apartado “Declaración especial”, dado el carácter voluntario de la inscripción y el principio de rogación que inspira el procedimiento hipotecario –art. 6 de la Ley Hipotecaria y concordantes–. – de la Cláusula Décima “Domicilio. Tipo de subasta. Título ejecutivo” sus párrafos tercero y cuarto, por tratarse de pactos carentes de trascendencia real –arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento–; el inciso “por cualquier causa que motivo” de su párrafo sexto, en la medida que la hipoteca es un derecho de constitución registral (artículos 1857 y 1875 del Código Civil; 104, 130 y 14 9 de la Ley Hipotecaria y concordantes) y, de conformidad con el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. – de la Cláusula Undécima, “Conservación de la garantía” de su apartado B), el inciso “a nombre del Banco por cuenta y riesgo de la parte prestataria” de su párrafo primero, así como sus párrafos segundo y tercero, por tratarse de pactos carentes de trascendencia real o reiterar previsiones legalmente establecidas –arts. 9, 98 y 110 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento–; el párrafo primero de su apartado C), relativo al arrendamiento de la finca hipotecada, por resultar contraria su inscripción a normas imperativas (en este sentido, los artículos 27 y 107.3 de la Ley

Hipotecaria, conforme a los cuales las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos onerosos, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento) y por haber sido declarada la no inscribibilidad de las cláusulas que limiten la facultad celebrar contratos de arrendamiento que estén sujetos a principio de purga –cfr. art. 13 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos–, no pudiendo provocar, por tanto, perjuicio al acreedor hipotecario (así, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 1996 y 22 de marzo de 2001, que la Sentencia del Tribunal Supremo 792/2009 cita como doctrina en su Fundamento de Derecho Duodécimo); de su letra C), penúltimo párrafo, el inciso “como se establece en la cláusula 5.ª”, en la medida que dicha cláusula 5.ª no ha sido objeto de reflejo registral por los motivos anteriormente expresados. –Las Cláusulas Duodécima “Subrogación de los adquirentes”, Decimotercera “Apoderamiento”, Decimocuarta “Anotación de suspensión”, “Tratamiento de datos personales” y “Declaración Específica: Condiciones Generales de la Contratación. No adhesión a arbitraje de consumo” y “Autorización”, por tratarse de estipulaciones carentes de trascendencia real –arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento–. Son de aplicación los artículos 1255 y 1256 del Código Civil; 2 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento; 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación 10 y 80 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2 007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Ley 2/2009, de 31 de marzo, de protección de los consumidores en los préstamos hipotecarios; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012; Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y 23 de diciembre de 2015, entre otras; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010, entre otras. Advertencia: con relación a la “Cláusula financiera sexta. intereses de demora”, cabe señalar que el tipo de interés de demora pactado, que supera el interés de demora pactado, que supera al interés ordinario en más de dos puntos, (lo cual, sin perjuicio del carácter variable del tipo de interés ordinario pactado, es indudable que ocurre al tiempo del otorgamiento del precedente documento, en que el tipo de interés remuneratorio inicial asciende a “cero enteros con cuatrocientas cincuenta y nueve milésimas de otro entero por ciento” y el tipo de interés de demora es fijo y ascendería a “doce enteros por ciento”), es abusivo pues, como señala la sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 22 de abril, es “abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal”. Dicha sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: “Se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado”. Y fundamenta tal conclusión (fundamento jurídico 7) en que “La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés

de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia. Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal.” Dando un paso más nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de junio de 2016, declara aplicable a los préstamos hipotecarios el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales. En dicha Sentencia de 3 de junio de 2016, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que, “conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el límite legal previsto en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula, siendo procedente extender el mismo criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de la abusividad lo fijamos en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado”, añadiendo que “la nulidad de cláusula abusiva no da lugar a una “reducción conservativa” del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución”. Teniendo en cuenta la citada doctrina jurisprudencial, cabe señalar que la estipulación suspendida que, como condición general impuesta en la contratación por la entidad financiera a un consumidor, fija un interés de demora superior en más de dos puntos al estipulado como intereses ordinario, incurre en abusividad, por implicar “la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta a1 consumidor que no cumpla con sus obligaciones” (artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2 007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y en particular, porque se aprecia una desproporción entre la indemnización por incumplimiento del consumidor y el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario. Por otro lado cabe recordar, en cuanto a la competencia del registrador para calificar el carácter abusivo de una cláusula, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de diciembre de 2009, reconoció expresamente el papel activo del registrador frente a una cláusula abusiva, rechazando su acceso registral aun sin necesidad de previa declaración de nulidad (en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009, que señala que una cláusula abusiva no vincula al consumidor, sin necesidad de que la haya impugnado judicialmente). Del mismo modo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2 010, reiterada por otras como las de 21 de diciembre de 2010 y 8 de junio de 2011, permite que el Registrador pueda rechazar la inscripción de una cláusula siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también cuando su carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Además, la Dirección General de los Registros y del Notariado declara, por ejemplo en la Resolución de 13 de septiembre de 2013, o en la de 20 de marzo de 2014, que el acceso al Registro de cláusulas personales o abusivas podría llevar a la inadmisibles consecuencia de que (al amparo de lo dispuesto en el art. 130 de la Ley Hipotecaria) se pretendiera el ejercicio de la acción hipotecaria en base a las mismas”. En definitiva, solo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, coordinada y ponderada con la normativa sobre protección de consumidores y usuarios, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de dicha Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificador del registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento

anticipado, en virtud del cual podrá? aquél rechazar la inscripción de una cláusula, no solo cuando su nulidad, por abusiva, hubiera sido declarada judicialmente, sino también cuando él mismo aprecie esa nulidad. No obstante, este defecto decae al solicitar los interesados expresamente la inscripción parcial de la escritura con exclusión de dicho “pacto sexto, intereses de demora” y de la cobertura hipotecaria relativa a dicho concepto. Dicha solicitud se ha realizado por instancia presentada el día 6 de julio de 2016, por don R. S. C., con D.N.I número (...), en representación del BBVA, que causó la entrada 3716. Son de aplicación los artículos 1255 y 1256 del Código Civil; 2 y 98 de la Ley Hipotecaria; 9 y 51.6.ª de su Reglamento; 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación; 10 y 80 y ss, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Ley 2/2009, de 31 de marzo, de protección de los consumidores en los préstamos hipotecarios; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012; Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016; así como, entre otras, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010. Acuerdo En su virtud, se acuerda suspender la inscripción de la precedente escritura, por las causas y en los términos que resultan de la presente nota de calificación; asimismo, se hace constar que no se ha procedido a la práctica de anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable por así haberse interesado por el presentante, pese a lo indicado en la Cláusula Decimocuarta del precedente documento (artículos 42.9.º y 65, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria). Contra la expresada calificación (...) Sueca, a cinco de julio del año dos mil dieciséis. El Registrador Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Gil Vicente Matoses Astruells registrador/a de Registro Propiedad de Chelva a día doce de Julio del año dos mil dieciséis».

III

Contra la nota de calificación, don Eduardo Lluna Aparisi, notario de Valencia, interpuso recurso el día 10 de agosto de 2016, con base en los siguientes argumentos: «(...) El recurso, en cuanto al primer defecto transcrito, se interpone en base a los siguientes Fundamentos de Derecho: Primero: 1.–Nos encontramos ante un contrato de préstamo en el que, con independencia de la responsabilidad personal y solidaria de los prestatarios con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del Código Civil), éstos garantizan sus obligaciones derivadas del mismo mediante la constitución de hipoteca sobre una vivienda. 2.–El contrato que se formaliza en la escritura, un préstamo, que además de la responsabilidad personal de los prestatarios conforme al citado artículo 1911 Cc tiene la garantía real consistente en la constitución de hipoteca. 3.–El contrato de préstamo se encuentra regulado en el Código Civil, artículos 1.740 y siguientes, y en cuanto al préstamo mercantil por el Código de Comercio, artículos 311 y siguientes. El artículo 1.740 del Ce define el contrato de préstamo como aquel por el que una de las partes entrega a la otra,....dinero..., con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés». 4.–El artículo 1.755 en cuanto a la «deuda de intereses por préstamo», establece que no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado. Y el artículo 1.756 establece, «cuando el prestatario haya pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital». 5– El Código de Comercio en su artículo 311 reputa mercantil el préstamo... 1.–«si» alguno de los contratantes fuere comerciante, 2.–«si» las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio. 6.–El mismo cuerpo legal en el artículo 314 limita el devengo de interés en los préstamos mercantiles a que se pacten por escrito, y el artículo 315 párrafo segundo «reputa interés toda prestación pactada a favor del acreedor». De los artículos reseñados, características esenciales del préstamo de dinero supuesto que nos ocupa, son: la entrega de dinero con la condición de devolverlo al prestamista, que solo se deben intereses

cuando se hayan pactado, que solo puede considerarse intereses la remuneración que paga el prestatario al acreedor, que cuando el préstamo es mercantil por cumplir alguno de los requisitos que establece el artículo 311 del Ccom, define el interés como toda prestación pactada a favor del acreedor. A sensu contrario, las prestaciones a favor del deudor, si bien se pueden pactar de conformidad con los artículos 1254 y 1255 del Cc, no pueden denominarse interés, ya que el concepto de interés lo delimita claramente el Ccom. 7.– Delimitadas las características que definen el contrato de préstamo, en la escritura cuya calificación registral es objeto de recurso, se establece «claramente» en la cláusula financiera 1a, que «los prestatarios reconocen haber recibido del Banco, a su satisfacción un préstamo....», que debe reputarse mercantil por cuanto el prestamista es comerciante. De conformidad con el artículo 314 Ccom, se pacta que el préstamo «devengará» interés, que como establece el artículo 315 Ccom., solo puede reputarse así a «las prestaciones pactadas a favor del acreedor», pactándose el plazo de amortización o devolución, los vencimientos de intereses y de capital, al establecer que «el préstamo se amortizará gradualmente mediante el reembolso del principal en doscientas cuarenta cuota mensuales, calculadas con el 'sistema francés de amortización» cuya fórmula se recoge en el anexo I de la escritura, Añadiendo que «en cada uno de los sucesivos «periodos de interés, las cuotas se recalcularán considerando el tipo de interés que resulte aplicable y el plazo restante al inicio del periodo, conforme a la fórmula antes indicada», indicando que «en la FIPER que se incorpora a la escritura se establece la tabla de amortizaciones que muestra el importe que el prestatario ha de pagar por cada cuota hipotecaria, conforme a los términos que en dicho FIPER se indican», pues se pacta la variación del tipo interés aplicable en cada uno de los periodos, con la finalidad de estar siempre adecuada la prestación pactada a favor del acreedor a las condiciones del mercado financiero. 8.–Que en la Cláusula Financiera Tercera, además de pactarse que «el deudor pagará intereses al Banco (intereses ordinarios) sobre toda cantidad prestada pendiente de vencimiento», se incluye un segundo párrafo, que motiva la calificación negativa, por el que «Debido a la naturaleza del contrato, en ningún caso se podrán generar intereses a favor del prestatario». Párrafo que no puede considerarse pacto ni condición del contrato que impone la parte acreedora a la deudora, sino una mera aclaración o reiteración de una de las condiciones esenciales del contrato como es que éste devenga «intereses» que, de conformidad con el artículo 315 Ccom., solo pueden reputarse tales los que se devengan a favor del acreedor; porque si se pactaran prestaciones económicas a favor del deudor, no podrían denominarse «interés». 9.–Del reseñado párrafo, el registrador llega a una conclusión errónea, cual es considerar que la expresión «en ningún caso se podrán generar intereses a favor del prestatario» es una cláusula suelo. Pues ni en el contrato se pacta tipo de interés mínimo con independencia del valor de la referencia pactada (cláusula suelo), ni es lo mismo que el tipo de interés aplicable al préstamo tenga un mínimo aplicable, con independencia de las variaciones del tipo de referencia pactado, a que el tipo de interés aplicable tenga signo negativo por tener la referencia pactada un valor negativo y el tipo de interés resultante sumado el diferencia también tenga signo negativo. Supuesto éste que deviene, no en que el acreedor tiene que pagar intereses al deudor, que como hemos visto no está contemplado en la legislación aplicable, sino que dado el sistema de amortización pactado, «sistema francés de amortización», para calcular la cuota mensual que amortiza el préstamo y paga los intereses resultará que el tipo de interés aplicable tendrá signo negativo, pero nos dará una cuota de amortización que tendrá signo positivo, y que pasamos a analizar. Siendo por tanto no ajustada a derecho la consecuencia a que llega el registrador de que «de lo anterior resulta el establecimiento de un límite a la variabilidad a la baja del tipo de interés ordinario que resulta de aplicación», y del párrafo final de éste fundamento de derecho, con la literalidad «Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y, por otro lado, constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza», de la que da la sensación falta el final del razonamiento,

que entendemos figura al final de la nota de calificación, hemos de considerar un elemento fundamental en los préstamos mercantiles a largo plazo y en particular en los garantizados con hipoteca, como es el pacto de amortización y pago de intereses. En la escritura, como se ha dicho, se pacta que el prestatario devolverá el dinero prestado y pagará los intereses mediante cuotas mensuales iguales comprensivas de capital e intereses calculados por el sistema francés, que variarán en función del tipo de interés aplicable en cada uno de los periodos de interés. Este pacto de pago de la devolución del préstamo y del pago de los intereses no supone un cálculo aleatorio determinado por el acreedor, sino que es un sistema de amortización técnicamente denominado en terminología matemática «sistemas francés», y que deviene de lo que en matemáticas financieras se denomina «rentas financieras», compuestas de una serie de términos o cuotas «a» durante un periodo determinado, que generan un interés «i», y sobre las cuales es posible obtener en forma matemática su valor inicial, su valor final, el valor de una cuota de amortización en un plazo determinado, así como la evolución de los intereses devengados por cada una de las cuotas o términos, todo ello mediante cálculos matemáticos que no admiten interpretaciones al ser las matemáticas una ciencia exacta que no admite interpretaciones, es o no es. De la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, como he dicho, no se desprende en ninguno de los pactos de la misma que, siendo el tipo de interés pactado variable en las condiciones establecidas en la Cláusula Financiera Tercera Bis, se establezca que el tipo de interés aplicable al préstamo tenga suelo ni techo, es decir, no se pacta tipo de interés mínimo ni máximo, si bien como consecuencia de la calificación registral, y a requerimiento de los prestatarios, por diligencia de fecha 22 de julio de 2016 se ha incorporado a la escritura expresión manuscrita firmada en mi presencia en los términos establecidos por el Banco de España, como se requiere en la calificación, con la salvedad de que, al no pactarse tipo de interés mínimo ni máximo en la escritura, en dicha expresión manuscrita se dice que el tipo de interés nunca será inferior a la suma de la referencia y el diferencial, ni superior a dicha suma, pues la literalidad de la expresión manuscrita dictada por el Banco de España en éste supuesto es incongruente. La forma pactada para el cálculo de las cuotas de amortización y pago de los intereses, «sistema francés», es un elemento determinante para la solución del defecto alegado por el registrador para suspender la inscripción. Se trata, como he dicho, de un método matemático-financiero para el cálculo de las cuotas de amortización de un préstamo, caracterizado por permitir la obtención de una cuota igual para cada uno de los pagos periódicos que se pactan, que a su vez se subdivide cada una de ellas en una parte destinada al pago de los intereses devengados por el capital pendiente de pago después del pago de la última cuota y el resto destinado a amortización de la deuda. Intereses periódicos que se calculan, como se ha dicho, sobre el principal pendiente después del pago de la cuota anterior, al tipo de interés vigente. Método que deviene de lo que en matemática financiera se denomina, como he dicho, rentas financieras, basado en dado un número «n» de pagos periódicos «a», que generan un interés «i» compuesto, por el que los intereses producidos por la renta se acumulan al capital, permite obtener el valor actual de «n» rentas «a» en un momento dado a su valor final, En el supuesto de un préstamo, tenemos que el nominal del préstamo es el valor actual de «n» cuotas de amortización «a» cuyo importe desconocemos, calculadas a un interés por unidad monetaria «i», con lo que de la fórmula final que nos permite el cálculo del valor actual de dicha renta (en nuestro caso el nominal del préstamo), despejamos el término que desconocemos «a» y nos da el valor de la renta periódica que en nuestro caso es la cuota de amortización. Como en el supuesto que nos ocupa el tipo de interés unitario «i» varía periódicamente, cada vez que resulte aplicable un tipo de interés diferente como resultado del pacto de variación de intereses, habrá que calcular la nueva cuota o renta «a» que amortice el préstamo y pague los intereses en la forma descrita anteriormente. Y pudiera resultar que al ser el tipo de interés aplicable el resultado de dos magnitudes (referencia y diferencial), la referencia tuviera tal signo negativo que hiciera que el interés «i» tuviera un valor negativo, lo que aplicando dicho valor negativo T a la fórmula final que sirve de base para calcular el valor de la cuota mensual, resulta que ésta nos dará una cuota de

amortización tal que, al efectuar en ella el desglose de capital e intereses, o bien al obtener el cuadro de amortización e intereses, resultará que la parte de la cuota destinada a amortización, al contrario de cuando el interés «i» es positivo, no varía en ninguno de los periodos y coincide con la que resultaría de una amortización lineal del préstamo. Es decir, por el método de determinación de las cuotas mensuales de amortización y pago de intereses denominado «sistema francés», la consecuencia de que el tipo de interés tenga valor negativo es que el préstamo «no genera» intereses, por lo que no se devengan intereses a favor del acreedor, lo que no puede interpretarse de ningún modo como que tenga suelo, ni el supuesto de que el interés aplicable sea negativo suponga que el préstamo devenga intereses a favor del deudor, no ya solo porque de conformidad con el Código de Comercio, como se ha dicho, solo considera interés las cantidades a que por remuneración del préstamo tiene derecho el acreedor, sino porque, matemáticamente, si el tipo de interés aplicable es «cero» o «negativo», la consecuencia matemática es que resulta una cuota mensual positiva por un importe que coincide con la parte de la misma destinada a amortizar el préstamo, y que permanece invariable durante todo el periodo de vigencia del interés con signo negativo que resulte aplicable durante ese periodo de interés, y que, a diferencia de un tipo de interés positivo en el que la parte de la cuota destinada a amortización crece en cada periodo de pago en razón $(1+i)$, en éste supuesto de interés negativo resulta invariable en cada periodo de pago, pues solo se restituye capital, y coincide con el importe que resultaría si el préstamo se amortizará mediante amortización lineal, es decir, cada periodo de pago se amortiza la misma cantidad que, a su vez, coincide con la cuota obtenida por aplicación de la fórmula que determina la cuota de amortización por el «sistema francés». Y es difícilmente defendible que el prestatario pueda verse perjudicado en sus derechos al no resultar obligado a pagar intereses por las cantidades recibidas en préstamo. Segundo.—En la calificación objeto de recurso, también se deniega la inscripción, entre otras, de las cláusulas siguientes, por entenderlas el registrador de la propiedad contrarias a las normas imperativas o nulas por abusivas, carecer de trascendencia real o reiterar previsiones legalmente establecidas, a lo que cabe alegar, respecto de cada una de ellas: 1.—En cuanto la Cláusula Financiera Segunda «Duración. Vencimientos, Reembolso anticipado», apartado «2.2. Vencimientos», subapartado «2.2.2. Vencimientos en período de amortización» de su párrafo tercero desde «Asimismo en la FIPER (...)» hasta el final de dicho párrafo, así como su párrafo cuarto. No existe párrafo tercero en el punto 2.2.2. indicado por el registrador. En cuanto el apartado «2,3. Amortización anticipada. Condiciones generales. Compensación por desistimiento por amortización anticipada subrogatoria y no subrogatoria», su penúltimo párrafo. La cláusula financiera 2.3, se subdivide a su vez en la 2.3.1. y en la 2.3.2.. A que penúltimo párrafo se refiere la calificación?. 2.—En cuanto la Cláusula Financiera Cuarta «Comisiones»: del apartado 4.2. «Comisión por subrogación», el inciso «Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 12.^a». Si bien no afecta a la constitución de hipoteca, se trata de un párrafo que, junto con lo pactado en la cláusula 12.^a, reconoce el derecho a la parte prestataria e hipotecante de transmitir la vivienda con la facultad por el comprador de subrogarse en la deuda garantizada con la hipoteca, cuya constancia registral sí es esencial para los terceros interesados en la subrogación, conocer los requisitos a cumplir para que la misma opere. 3.—En cuanto al apartado 4.3 «Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas», que en realidad es el 4.4, desde «sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la cláusula siguiente». En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 Diciembre 2015 alegada por el registrador, con independencia de que en la misma lo que se sustancia son determinadas cláusulas de minutas de préstamos hipotecarios de determinadas entidades de crédito, y que sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial que la misma representa, en el séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario), advierte en primer lugar que «los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC para los procesos declarativos y en los arts. 559 Y 561 de la misma ley para los procesos de ejecución, señalando que en el proceso de ejecución, las costas se impondrán

al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución...», y el párrafo calificado se refiere claramente a un supuesto de ejecución por falta de pago por el deudor de las cantidades a que se obliga por el préstamo. Siendo por tanto un aspecto del pacto que en su caso deberá resolver el órgano jurisdiccional correspondiente con su resolución, no debiendo tomarse el referido párrafo más que como una aclaración de que el incumplimiento en el pago de las cuotas de amortización, además de la generar intereses de demora y los gastos de reclamación que se pactan generaran también y en su caso los procesales que resultaren procedentes y en la forma determinada por el órgano jurisdiccional, como no puede ser de otra forma, y ser inocuo lo pactado por las partes.

4.–En cuanto la Cláusula Financiera Quinta «Gastos», No aprecia el registrador lo dispuesto en el primer párrafo de la mencionada cláusula, que establece «Serán de cuenta de la parte prestataria aquellos gastos o tributos que por disposición legal o reglamentaria no sean del Banco», e igualmente que en el defecto anterior, en la citada sentencia, el Tribunal Supremo, cuando analiza los gastos, establece diferenciación entre aquellos gastos que debe ser de cargo de la parte acreedora y aquellos que deben ser de cargo de la parte deudora, como por ejemplo, los de conservar la garantía, limitándose en el segundo párrafo de la cláusula a determinar la obligatoriedad de pago de aquellos gastos generados por incumplimiento del deudor, y realizar la excepción de que las costas judiciales serán de cargo de quien determinen los jueces y tribunales. Siendo improcedente la generalización que realiza el registrador en su calificación.

5.–En cuanto la Cláusula Financiera Sexta Bis, «Vencimiento anticipado del préstamo», apartado «6.bis.1. Causas de vencimiento anticipado del préstamo», las letras c), d), f) y q). No se entiende, de conformidad con las Sentencias aducidas por el registrador, que las causas de vencimiento anticipado cuya inscripción deniega sean meramente accesorias y no de incumplimientos esenciales o irrelevantes, sin olvidar que las citadas sentencias analizan un supuesto específico y no la generalidad de las causas de vencimiento anticipado. Se trata de analizar si las causas de vencimiento de 'pactadas en ésta escritura son esenciales, o como entiende el registrador, accesorias. Así, es difícil entender que no sea esencial del contrato el incumplimiento del motivo para el cual el banco presta el dinero y para el cual se solicita y que deviene en la causa por la que la entidad de crédito aceptar formalizar el contrato de préstamo, pues se solicita para destinar su importe a la adquisición de la vivienda que se hipoteca; si, de conformidad con la normativa bancaria, la entidad de crédito se encuentra en la obligación de realizar el análisis financiero y patrimonial del prestatario, del que resulte que éste tiene medios acreditados suficientes para la devolución del préstamo y el pago de los intereses pactados en la forma acordada, no es irrelevante la falsedad de los datos económicos personales suministrada por el prestatario que induzcan a error en el análisis financiero y económico de la operación, más bien todo lo contrario, estaríamos en supuesto de engaño. No puede considerarse irrelevante o abusiva la obligación del prestatario de cumplir con las obligaciones dinerarias derivadas del préstamo, o atender a las obligaciones de conservación de los bienes dados en garantía, o incumplir aquellas condiciones que en el contrato se califiquen como esenciales para la formación de la voluntad de la otra parte en el negocio formalizado. Y por último, se encontraría la entidad en un supuesto de indefensión, pues algún derecho tiene, si fallecido el prestatario y no aceptarse la herencia, no pudiera iniciar las actuaciones necesarias para recuperar su crédito dirigiéndose en éste supuesto contra la herencia yacente.

6.–En cuanto la Cláusula Séptima «Finalidad del préstamo», me remito a lo indicando anteriormente en cuanto las causas de vencimiento anticipado.

7.–En cuanto de la Cláusula Octava «Forma de pago. Solidaridad. Indivisibilidad–Imputación. Compensación»: de su apartado «8.2. Solidaridad», su párrafo segundo, y sus apartados «8.4. Imputación de pagos» y «8.5. Compensación», completos, si bien son pactos que no afectan a la constitución de hipoteca, son obligaciones esenciales del contrato en tanto en cuanto regulan aspectos fundamentales de las relaciones entre acreedor y deudores que nacen del contrato principal, el préstamo.

8.–En cuanto la Cláusula Novena «Constitución de hipoteca»: el apartado «Declaración especial», dado el carácter voluntario de la inscripción y el principio de rogación que inspira el procedimiento hipotecario –art, 6 de la Ley

Hipotecaria y concordantes. Con independencia de los principios registrales que aduce el registrador, se trata de un pacto esencial del contrato, ya que, la hipoteca es unilateral, y aunque la acepte el acreedor con posterioridad pero en la misma fecha, el hipotecante ya ha recibido el importe del préstamo que garantiza la hipoteca, luego en nada afecta el carácter voluntario de la inscripción a la obligación que asume el hipotecante de no renunciar a la hipoteca constituida. De todas formas, puede pensar que es un defecto insustancial ya que, como se figura por diligencia en la escritura la hipoteca fue aceptada en el mismo día de su formalización, por lo que difícilmente puede darse el supuesto previsto en la cláusula. 9.—En cuanto la Cláusula Undécima, «Conservación de la garantía»: de su apartado B), el inciso «a nombre del Banco por cuenta y riesgo de la parte prestataria» de su párrafo primero, así como sus párrafos segundo y tercero; el párrafo primero de su apartado C. La condición se inicia con la siguiente redacción: «Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria se compromete a cumplir las siguientes obligaciones que ambas partes establecen con el carácter de esenciales:....». En la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 antes citada, en la parte destinada a los gastos de conservación de la garantía, indica expresamente que «En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta de que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía...». El incumplimiento por la parte hipotecante de la obligación de asegurar los bienes dados en garantía ocasionaría que la entidad acreedora se vea en la necesidad de formalizar dicho seguro, cantidades que podrá reclamar en el proceso judicial. En la constitución de hipoteca, una de las obligaciones que asume el hipotecante es conservar el bien hipotecado, pacto que le obliga a realizar todos los actos necesarios de mantenimiento, conservación y reparación del bien hipotecado a efectos de que no pierda su valor, y dentro de estas garantías de conservación está la de contratar un contrato de seguro a fin de que en supuesto de siniestro el capital asegurado pueda ser destinado a la cancelación de la deuda garantizada con la hipoteca. Asimismo, en cuanto a la obligación de no arrendar debe entenderse dentro de las obligación de conservar la finca hipotecada y no perjudicar la misma mediante contratos de arrendamiento que puedan resultar lesivos para el derecho de hipoteca. 10.—En cuanto a Cláusulas Duodécima «Subrogación de los adquirentes», Decimotercera «Apoderamiento», Decimocuarta «Anotación de suspensión», «Tratamiento de datos personales» y «Declaración Específica: Condiciones Generales de la Contratación. No adhesión a arbitraje de consumo» y «Autorización», hay que distinguir entre aquellos pactos de la escritura relativos al préstamo y la hipoteca que lo garantiza, con aquellos apartados de la escritura relativos a los aspectos formales de la misma. En cuanto a la regulación de la subrogación por terceros adquirentes de la finca hipotecada, y el poder que otorgan los prestatarios hipotecantes a favor de la acreedora para poder subsanar o aclarar aquellos aspectos de la escritura que puedan ser calificados con defecto subsanables; de aquellos apartados de la escritura relativos al cumplimiento por los otorgantes y en su caso por el notario (como es la autorización de la escritura), de obligaciones que no forman parte del contenido negocial del título, sino de la acreditación del cumplimiento de determinadas obligaciones o aspectos esenciales del título mismo. En cuanto a la advertencia que realiza Con relación a la «cláusula financiera sexta. Intereses de demora», cabe señalar que el tipo de interés de demora pactado, que supera el interés de demora pactado, que supera al interés ordinario en más de dos puntos. Hay que tener en cuenta la fecha de formalización del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, 14 junio de 2016; la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad por el notario autorizante por medios telemáticos, que es la misma; la fecha de acreditación del pago de los impuesto que gravan la misma y a partir de la cual se extingue la suspensión calificadora que establece el artículo 254 de la Ley Hipotecaria; y, por último, la fecha en la que el registrador inicia la calificación del documento, que no consta. Todo ello en cuanto a que la referida sentencia fue incluida en los Servicios de Intranet del Consejo General del Notariado el 16 de junio de 2016, y el pacto de intereses de demora así como el pacto de responsabilidad

hipotecaria por intereses de demora, a la fecha de otorgamiento de la escritura están acordados de conformidad con la legislación vigente al tratarse de un préstamo que no está destinado a la adquisición de vivienda habitual, como expresamente se indica en la escritura. Ello sin perjuicio de los efectos de la reseñada sentencia en las liquidaciones de intereses de demora a realizar a partir de la publicación de la misma y en su caso en las responsabilidades hipotecaria por intereses de demora que figuran inscritas en el registro de la propiedad. No obstante, cualquier disposición de intereses de demora pactados que contradigan la citada Sentencia del Tribunal Supremo deberá regirse a partir de la publicación de la misma por lo en ella establecido. Así, llama la atención que, siendo la fecha de calificación «cinco de julio de 2016», la misma recoja el decaimiento del defecto anterior en base a una solicitud de inscripción parcial presentada por instancia de fecha «6 de julio de 2016», el día siguiente. Por último, y sin ánimo de interferir en la actuación del registrador en su función calificador, he de hacer constar que, en el mismo día y número inmediato de protocolo, autoricé escritura de préstamo hipotecario entre los mismo prestatarios-hipotecantes y entidad de crédito, con el mismo contenido y pactos, que fue calificada por el registrador competente sin defecto alguno e inscrita en su totalidad, según la nota de calificación recibida. De donde, como se ha dicho, el respeto a la independencia del registrador en su función calificador, no quita que los criterios calificadores guarden la mayor sincronía en aras de la seguridad jurídica de los solicitantes de la inscripción, y evitar el contrasentido de que las escrituras deban tener redacciones diferentes en función del registrador que vayan a calificarlas. A estos efectos, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 13 de septiembre de 2013 dice: «Según el Preámbulo de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la Ley hipotecaria (apartado VII, párrafo cuarto), la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, dirigida a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios, tiene 'por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa»; y en Resolución de 08 de junio de 2011, registrador ha de calificar la procedencia o no de inscripción de las cláusulas de vencimiento anticipado conforme a los criterios de dicha Sentencia, puntualizando las razones en que se funda en su nota, sin que basten alegaciones meramente genéricas», añadiendo en la primera de ambas resoluciones «es misión principal del registro de la propiedad aportar claridad y precisión a las relaciones jurídicas inscritas no solo en interés de terceros sino de las mismas partes, sobre todo cuando, como en este caso, la inscripción es constitutiva y por tanto el contenido de la reclamación hipotecaria, también entre ellas, viene determinado solo por los extremos del título que se hayan recogido en el asiento», indicando las cláusulas, financieras o no, que deben tener transcendencia registral por fijar el contenido susceptible de reclamación, indicando entre ellas, los pactos que cumplen con aquellos requisitos de carácter imperativo que condicionan su admisibilidad procesal, o determinan los procedimientos por los que puede dársele curso, así como las circunstancias y trámites de cada uno de éstos que, siendo posible según ley, sean objeto de disposición por las partes. Y la Resolución de 18 de noviembre de 2013 reitera, «cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de Resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse»».

IV

El registrador emitió informe el día 29 de agosto de 2016 y elevó el expediente a este centro directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 1129, 1172, 1195, 1255, 1218, 1822 y 1876 del Código Civil; 311, 314 y 315 del Código de Comercio; 2, 6, 12, 18, 19 bis, 27, 98, 107, 109, 110, 114, 117, 134, 141, 258, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; 317, 319, 579, 659, 671, 674, 692 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 5, 6, 7, 8, 9, 22, 23 y 25 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 3, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87 y 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 1, 17 bis, 24 y 25 de la Ley del Notariado; 7, 10, 13 y 14 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Arrendamientos Urbanos; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –transpuesta al ordenamiento español mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007–; la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; los artículos 7, 9, 51, 127, 175 y 220 del Reglamento Hipotecario; 147, 193 y 194 del Reglamento Notarial; 24, 25, 26 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C–243/08), 14 de junio de 2012 (C–618/10), 14 de marzo de 2013 (As. C–415/11) y 21 de enero de 2015 (C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13); las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 10 de marzo de 2010, 18 de junio de 2012, 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008, 14 de abril y 1 de octubre de 2010, 18 y 26 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero, 16, 27 y 29 de febrero, 20 y 28 de junio y 18, 20, 26 y 27 de julio de 2012, 2 de enero, 2 de marzo, 1 de junio, 1 y 11 de julio, 6 y 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 5 de febrero, 18 de febrero, 23 de julio, 1 de agosto, 29 de septiembre y 3, 6 y 9 de octubre de 2014, 22 de enero, 12 marzo, 28 de abril, 22 de julio, 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 y 15 de julio de 2016, en cuanto a la cuestión de las cláusulas de limitación de la variabilidad de los intereses, y de 22 de julio de 1996, 2 de octubre de 1998, 20 de mayo de 2000, 22 de marzo de 2001, 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008, 14 de abril y 1 de octubre de 2010, 18 y 26 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero y 20 de julio de 2012, 1 de agosto de 2014, 30 de marzo, 28 de abril y 24 de septiembre de 2015 y 9 de marzo y 19 de octubre de 2016, en cuanto al resto de las cláusulas examinadas.

1. El presente expediente se refiere a una escritura de préstamo hipotecario con intereses remuneratorios variables, entre un acreedor entidad de crédito y unos prestatarios personas físicas, y en el que la finca gravada es una vivienda que no se va a destinar a su domicilio habitual. Se suspenden y recurren la inscripción de diversas cláusulas del contrato, constituyendo el objeto principal del recurso, por constituir la razón del rechazo de la inscripción parcial del título, el análisis de la cláusula tercera número 3.1 «Tipo de interés.–Devengo y vencimiento», que señala: «Debido a la naturaleza del contrato, en ningún caso se podrán generar intereses a favor del prestatario», y la determinación si en tal caso es aplicable 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.

Es decir, la cuestión que se debe resolver consiste en la determinación de si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, es decir, que no podrá recibir importe alguno como en tales supuestos, es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de

dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma.

2. El notario recurrente alega en favor de la no necesidad de la expresión manuscrita en este caso, que el préstamo por naturaleza puede ser gratuito, si no devenga intereses, u oneroso, si los devenga a favor del prestamista, pero nunca puede devengar intereses a favor del prestatario. Las razones que exponen son, en primer lugar, que el interés por definición es la remuneración del acreedor y, en segundo lugar, que en caso de devengarse en favor del prestatario se estaría alterando la naturaleza jurídica del contrato que dejaría de ser un préstamo mutuo para convertirse en otro tipo de contrato. Además, argumenta en extenso que el pacto del sistema de amortización francés, cuya fórmula consta en la escritura, implica que la cuota de amortización, en cada período de interés, variará atendiendo a cuál sea el tipo de interés aplicable en cada uno de ellos; pero que cuando el tipo de interés constituye un valor negativo, la consecuencia financiera de la aplicación de la fórmula matemática será igual a cuando el préstamo no devenga intereses y, en consecuencia, durante ese período solo se restituye capital.

Por último, afirma el recurrente que una cláusula como la discutida que lo que señala es que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor, no constituye una cláusula contractual de suelo del cero por ciento sino una cláusula de tipo legal o aclaratoria de una condición esencial del contrato de préstamo formalizado de común acuerdo entre ambas partes, que señala que el préstamo nunca devengará intereses a favor del prestatario, pero porque así deriva naturalmente de la Ley y del sistema de amortización francés elegido, es decir, sin que se pacte expresamente un tipo fijo mínimo.

3. El precepto objeto de debate –artículo 6 Ley 1/2013– dispone lo siguiente: «1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas».

Por su parte, el Banco de España, en el Anexo 9 de la guía de acceso al préstamo hipotecario de julio de 2013, ya ha determinado los términos de tal expresión al fijar como modelo la siguiente fórmula ritual: «...he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que... el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]».

Al interpretar esta norma debe tenerse en cuenta, como reiteradamente ha puesto de manifiesto este Centro Directivo, que se ubica en el Capítulo II de la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, bajo la rúbrica del «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios», artículo que como expresa el Preámbulo de la Ley, introduce mejoras en el mercado hipotecario que se adoptan «como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993». Se trata de una declaración de indudable valor interpretativo que, como señala la Resolución de este Centro Directivo de

12 de marzo de 2015, debe ponerse en relación con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la citada Sentencia de 14 de marzo de 2013, y con la propia jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Supremo respecto de las normas de nuestro Derecho interno a través de las que se ha traspuesto en nuestro ordenamiento la citada Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (especialmente la relevante doctrina sentada por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 241/2013, de 9 de mayo), de la que, a su vez, se ha hecho eco la doctrina de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente).

Una cuestión semejante referida al marco de aplicación del citado artículo 6 de la Ley 1/2013 y los supuestos en que se hace necesario exigir la denominada expresión manuscrita del prestatario, ya fue abordada por este Centro Directivo en la citada Resolución de 12 de marzo de 2015, distinguiendo los distintos ámbitos del control de inclusión, de transparencia y de abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, Resolución a la que se remite la presente y cuya doctrina se resume en los números siguientes, siguiendo el criterio ya recogido en las Resoluciones de 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 y 15 de julio de 2016.

4. Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 5 de febrero de 2014, la valoración de las denominadas «cláusulas suelo» se incardina en el ámbito del control de inclusión y de transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, pues se trata de un control previo al del contenido o abusividad, cuyo análisis en relación con las cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios relativos al objeto principal del contrato, y en particular en relación con las cláusulas de interés variable y las relativas a su composición o determinación, o las cláusulas a ellas asociadas (como en el caso de los contratos o cláusulas de cobertura del riesgo de los intereses variables) ha sido abordada en profundidad por nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, en las Sentencias número 241/2013, de 9 de mayo, y otras posteriores como la número 464/2014, de 8 de septiembre, y la más reciente, Pleno de la Sala Civil, número 139/2015, de 25 de marzo. Partiendo de que las cláusulas que disciplinan contractualmente los intereses variables y las determinaciones accesorias que influyen en su fijación o variación, incluyendo cualquier elemento de coste financiero que vaya asociado al mismo, deben entenderse incluidos en el concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido que da a tal expresión la citada Sentencia número 241/2013, de 9 de mayo de la misma («forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario»), en cuanto resulta relevante en la resolución del presente expediente, interesa subrayar los siguientes pronunciamientos de la primera de las citadas Sentencias: a) como regla general no cabe el control de equilibrio prestacional de estas cláusulas, porque el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones» que se identifica con el objeto principal del contrato, de tal forma que no cabe un control del precio, y b) el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de inclusión y transparencia.

Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la Resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2013, no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. En este sentido, la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, reconociendo que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, añade que «también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta», a lo que añade la citada Sentencia que «el artículo 4-2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», precepto del que extrae a contrario sensu

que «las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se someten a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible»».

Esta obligación de claridad y transparencia se controla a través de un doble filtro. El primero es aplicable a todo contrato con condiciones generales de la contratación, con independencia de que en el mismo intervenga o no un consumidor, a través del llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula al contrato (vid. artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación). El segundo filtro, limitado, según doctrina mayoritaria, al caso de los contratos con consumidores, se articula a través del control de transparencia, en relación con el cual la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 es elocuente al afirmar que «el artículo 80.1 TRLCU dispone que «en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido», lo que permite concluir que el control de transparencia «cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Añadiendo que «en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»».

La importancia de este segundo control de transparencia en relación con las cláusulas no negociadas individualmente relativas al objeto principal del contrato se pone de manifiesto en las conclusiones alcanzadas por el Alto Tribunal: «a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato»».

Como afirma la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, «el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b) de la LCGC y artículo 80.1.a) TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)». Y añade esta Sentencia que «(...) el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de

los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales [...] el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)».

La caracterización básica que define el control de transparencia, como ha puesto de manifiesto la doctrina y resulta especialmente de las expresadas STS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014, responde a la expansión conceptual del principio de buena fe, como presupuesto tanto del control de eficacia de las condiciones generales, como de fuente de creación de especiales deberes por parte del predisponente, que, por ejemplo, en este ámbito de las cláusulas limitativas de los tipos de interés se proyectarían en una adecuada diferenciación de las mismas a través de sus inclusión en una cláusula propia, o su indicación en párrafo separado y con letras en negrita, mayúsculas o subrayado, y la información sobre escenarios posibles o de la evolución histórica de los tipos de interés adoptados.

A la luz de estos claros criterios jurisprudenciales se debe realizar la valoración del defecto opuesto en la calificación impugnada, pues, como se ha expuesto, la expresión manuscrita a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, está relacionada con los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en las citadas Sentencias.

5. Pues bien, es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya interpretación se ha de hacer partiendo del contexto legal y jurisprudencial, nacional y comunitario, que se ha expuesto en el precedente fundamento, contexto que condiciona la validez de las cláusulas hipotecarias al cumplimiento de los requisitos legales tendentes a asegurar una comprensibilidad real de las mismas por parte del prestatario. Es decir, frente a la opinión de quienes defienden una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (vid. Resolución de 29 de septiembre de 2014).

El control de inclusión o incorporación al contrato de las cláusulas de los contratos sobre servicios financieros que revistan caracteres de condición general de la contratación, viene regulado en la actualidad por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que impone determinados deberes de información a las entidades prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura, que de forma sintética, comienzan por la entrega al solicitante de una guía del préstamo hipotecario (artículo 20), sigue con la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) (artículo 21), continua luego con la Ficha de Información Personalizada (FIPER) que incluye las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés) (artículos 22, 24 y 25) y con la oferta vinculante que incluye las mismas condiciones financieras (artículo 23), más el posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento (artículo 30.2) y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir, entre otras, sobre las circunstancias del interés variable, de las limitaciones del tipo de interés y, especialmente, si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja (artículo 30.3).

El cumplimiento de este proceso de contratación es considerado por el Alto Tribunal como suficiente para entender cumplido el control de incorporación, sin embargo, no

considera el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 que la información que se facilita en los términos del proceso de negociación indicados cubra las exigencias del control de transparencia, ni las positivas de conocimiento real, completo y efectivo por el adherente, al tiempo de la celebración del contrato, de las consecuencias económicas y jurídicas de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, ni las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación).

En definitiva, las conclusiones que se extraen de estas Sentencias del Tribunal Supremo, en cuanto a lo que ahora nos interesa, se pueden sintetizar señalando que: a) los intereses del préstamo oneroso constituyen el precio que debe pagar el prestatario y, por tanto, si se pactan, son un elemento esencial del contrato, y el mismo carácter tendrán las cláusulas limitativas de los intereses en cuanto que son elementos configuradores de dicho precio e inescindibles del mismo; b) las cláusulas limitativas de la variabilidad de los intereses, aunque tengan el carácter de condición general de la contratación, al ser definitorias del objeto principal del contrato –el precio–, no admiten un control de abusividad, basado en el posible desequilibrio de las prestaciones, pero sí quedan sometidas al doble control de incorporación y transparencia; c) el cumplimiento de la regulación legal del proceso de concesión de los préstamos hipotecarios (entonces la Orden de 5 de mayo de 1994) satisface los requisitos exigidos por la Ley sobre condiciones generales de la contratación para la incorporación de las condiciones generales de la contratación a los contratos suscritos con consumidores; pero no supera el necesario control de transparencia que implica la existencia de una comprensibilidad real del prestatario acerca de la importancia de la cláusula suelo, y limitativas en general de la variabilidad del interés, en el desarrollo razonable del contrato, ya que no se resalta adecuadamente –en los modelos analizados– su trascendencia y efectos, y se insertan de forma conjunta con otras estipulaciones que las enmascaran, y d) las cláusulas limitativas de la variabilidad de los intereses son lícitas y, por tanto, no abusivas por sí mismas ya que corresponde al profesional fijar al interés al que presta el dinero, pero sí se considerarán abusivas y, por tanto, nulas, si falta el requisito de la transparencia.

Por ello, para asegurar la existencia de dicha transparencia, el referido artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha regulado, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, un requisito especial: «la expresión manuscrita» del prestatario acerca de su real comprensión del riesgo que asume, para que se pueda entender cumplida la necesaria transparencia respecto de las cláusulas de mayor trascendencia y dificultad cognoscitiva contenidas en este tipo de contratos, como son las que limitan la variabilidad del tipo de interés, las que lo sujetan a un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o las denominadas cláusulas multidivisa.

Y este requisito, como ponen de manifiesto las Resoluciones de 12 de marzo, 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 y 15 de julio de 2016, es de carácter imperativo dada la literalidad del citado artículo 6 que utiliza la expresión «se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita...», por lo que la alegación de que al no fijar dicha norma de manera expresa los efectos de su incumplimiento, la falta de la expresión manuscrita no debe impedir la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, no puede admitirse. Respecto de la no inscripción de la propia cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés porque su nulidad derivaría de la declaración general que en tal sentido realiza el artículo 8.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación en relación con las cláusulas predispuestas que contradigan una norma imperativa y el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con las cláusulas abusivas, dado que la falta de la expresión manuscrita provoca la ausencia de transparencia de la estipulación y, en consecuencia, su abusividad en los términos señalados por el Tribunal Supremo. Y respecto de la escritura de préstamo hipotecario porque estas cláusulas de tipo suelo y similares configuran un objeto principal de los préstamos onerosos, como es el interés o precio, y, en consecuencia, la obligación de pago de intereses remuneratorios garantizada

por la hipoteca, por lo que para la inscripción parcial de la escritura sin tales cláusulas, se precisa la solicitud expresa de los interesados (vid. artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 18 de febrero de 2014, entre otras).

6. Así planteados los términos del debate, la alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida que señala que «Debido a la naturaleza del contrato, en ningún caso se podrán generar intereses a favor del prestatario», no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de una condición esencial del contrato de préstamo que se firma (derivada del pacto de sistema francés de amortización), ya que aunque no existiera, éste no podría generar intereses negativos porque en tal caso la fórmula matemática del indicado sistemas de amortización lo impediría y se vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse.

Ello es así porque a los efectos de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 es irrelevante que la concurrencia de intereses negativos durante un determinado período del contrato, altere la naturaleza jurídica de éste convirtiéndole, por ejemplo, en un contrato de depósito retribuido; o que, por el contrario, al tratarse de un contrato de larga duración y constituir el interés, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, el precio de préstamo, tal posibilidad sea únicamente una forma acordada por las partes de fijar el precio final, el cual gozará de cierta aleatoriedad (la fluctuación del interés) y vendrá constituido por el montante neto de los intereses devengados al término del contrato, montante que sí deberá ser siempre positivo. Es decir, el citado artículo 6 deberá aplicarse, tanto si se considera que la cláusula de variabilidad del interés no es suficiente para generar una obligación de pago por parte del prestamista (los intereses negativos), como si se entiende, en el segundo caso, que los intereses que finalmente pague el prestatario serán una consecuencia de la propia operatividad de la variabilidad de los mismos, la cual se asemeja, en cierta medida, a la de los instrumentos estructurados, cuya contratación asociada a un préstamo hipotecario, por otra parte y como se infiere del propio artículo 6, no altera la naturaleza jurídica del préstamo ni excluye la necesidad de la expresión manuscrita sino que la impone especialmente.

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

Igualmente irrelevante para la aplicación del citado artículo 6 de la Ley 1/2013 resulta la afirmación del notario recurrente de que la cláusula citada es la aclaración de una condición esencial del contrato derivada del sistema de amortización francés pactado, porque, en tal caso, igual que si se hubiere convenido el sistema alemán, americano o cualquier otro de amortización, el control del cumplimiento de los requisitos legales de transparencia respecto de las cláusulas del préstamo hipotecario derivadas de un acuerdo contractual, es decir, que no sean reproducción de disposiciones legales imperativas (artículo 1 de la Directiva 93/13), se hace más necesario.

Lo que sí es posible interpretar es que con esta cláusula se quiere significar que existirán unos períodos del préstamo en los que el contrato devengará intereses y otros en los cuales no concurrirá tal devengo, posibilidad que se infiere del artículo 1740 del Código Civil, determinándose por dicha cláusula o por el conjunto con otras cuándo tiene lugar esta circunstancia. Pero, aunque este fuere el caso, y reconociendo que en dicha situación no nos encontraríamos propiamente ante una cláusula suelo, la propia complejidad de la situación que se genera (o del entendimiento del sistema de amortización francés), como ponen de manifiesto las distintas tesis explicativas acerca de su naturaleza y efectos, reconducen el tema al marco del control de transparencia o comprensibilidad por parte del deudor.

Por tanto, si el prestamista, en ejercicio de su legítimo derecho, predispone una cláusula que limite o excluya la posibilidad de que devenguen intereses a favor del prestatario, aunque sea a efectos aclaratorios de los efectos típicos del contrato o del significado de una de las cláusulas pactadas, su incorporación al contrato de préstamo hipotecario exigirá, por disposición imperativa y como canon de transparencia, la aportación de la repetida expresión manuscrita. Además, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señala, como ya se ha indicado anteriormente, que el control de transparencia tiene por objeto «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica «tanto en los presupuestos o elementos típicos» que configuran el contrato celebrado, «como en la asignación o distribución de los riesgos» de la ejecución o desarrollo del mismo», es decir, que tal control de transparencia y el cumplimiento de sus requisitos legales, cuya finalidad es lograr la certeza de que el prestatario ha comprendido las consecuencias económicas y jurídicas del contrato que firma y de sus cláusulas asociadas, operan tanto si la limitación a la variabilidad de los intereses a la baja resulta de un pacto expreso del tipo cláusula suelo, como si la misma deriva, en determinados supuestos, de la propia naturaleza o tipicidad del contrato de préstamo o de un pacto de exclusión de devengo de intereses (directa o como consecuencia del sistema de amortización elegido), sin perjuicio de que, en tales casos, la denominada expresión manuscrita pueda ser objeto de la correspondiente adaptación.

La afirmación acerca de que la cláusula debatida no constituye una auténtica cláusula suelo y que, por tanto, la literalidad del artículo 6 excluirá el requisito a que se viene haciendo referencia, tampoco merece una consideración favorable porque, aun siendo correcto que tal estipulación no constituye propiamente una cláusula suelo, independientemente que la aplicación del principio general antes enunciado de la interpretación pro consumidor de las normas que regulan las condiciones generales de la contratación y la protección de los consumidores conduciría a su asimilación; lo cierto es que dicho artículo y sus concordantes no tienen como ámbito de aplicación las cláusulas suelo estrictamente consideradas sino todas aquellas, del tipo que sean, que limiten de alguna forma la variabilidad de los intereses, entre las cuales se encuadra la que es objeto de este expediente que excluye el devengo de intereses cuando los mismos puedan ser negativos. Así, el repetido artículo 6 de la Ley 1/2013 dispone como ámbito de su aplicación las escrituras públicas en que se estipulen «limitaciones a la variabilidad del tipo de interés», es decir, todas ellas, añadiendo a título de ejemplo «del tipo de las cláusulas suelo y techo»; y el artículo 25 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, en los mismos términos, impone la exigencia de una información adicional por parte del prestamista en el caso de préstamos en que se hubieran establecido «límites a la variación del tipo de interés», añadiendo «como cláusulas suelo o techo», pero no solo en estos casos estrictamente considerados. Por último, en el mismo sentido, el artículo 30, número 3, letra b), circunstancia 3.ª, de la Orden EHA 2899/2011 regula la información expresa y especial que debe dar el notario autorizante en las escrituras de préstamo hipotecario en que «se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo».

Es cierto, como ya señalaron las Resoluciones de 12 de marzo, 8 y 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 y 15 de julio de 2016, que de «lege ferenda» el control de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias informativas y clarificadoras impuestas por la regulación sectorial, de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor ha podido evaluar directamente, basándose en criterios y explicaciones comprensibles, las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas; añadiendo, si se estima conveniente, que expresamente éste ha manifestado al notario la comprensión de las mismas en los supuestos especiales respecto

a los que ahora se exige la expresión manuscrita. Pero como se ha expuesto anteriormente ésta no es la situación legislativa y jurisprudencial vigente en el momento actual.

La aportación el día 22 de julio de 2016 por parte del presentante del escrito que contiene la «expresión manuscrita» de los prestatarios acerca de su conocimiento de las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula de la que se trata, firmado en presencia del notario autorizante del préstamo hipotecario, al no aparecer en el Registro de la Propiedad en el momento de extender la nota de calificación recurrida y, además, no haber impedido el recurso contra el correspondiente defecto por parte del notario recurrente, no pueden ser objeto de consideración en este expediente, de conformidad con la dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

7. En cuanto al análisis de los otros defectos recogidos en la nota de calificación recurrida, debe recordarse que, de conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014, entre otras), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro en que debe inscribirse el negocio celebrado es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura, ni tampoco aquellos defectos puestos de manifiesto en el nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación, o aquellos respecto a los que, aun habiendo sido recurridos, el registrador ha procedido a rectificar la calificación y acceder a su inscripción en el informe, como ha ocurrido en este supuesto con la cláusula financiera cuarta, apartado 4.4. (4.3. en la nota de calificación) relativa a «comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas», con la cláusula financiera quinta de «gastos», y con las letras d) y segundo apartado de la f), del epígrafe 6.bis.1, de la cláusula financiera sexta bis referida a «causas de vencimiento anticipado del préstamo».

Igualmente debe excluirse el enjuiciamiento de aquellos apartados incluidos en la nota de calificación que no se correspondan con una auténtica suspensión de una cláusula determinada del contrato, como ocurre en este supuesto con la denominada «advertencia» que el registrador de la propiedad realiza con relación a la cláusula financiera sexta de «intereses de demora», cuya exclusión de inscripción ha sido expresamente solicitada por las partes interesadas por ser contraria a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016. Tan solo indicar aquí que la alegación por parte del notario recurrente que debe admitirse su inscripción porque la formalización del contrato de préstamo con garantía hipotecaria y su presentación en registro de la propiedad tuvieron lugar el día 14 junio de 2016, fecha en la que las partes y el propio notario autorizante desconocían la existencia de la Sentencia del Tribunal Supremo, es una cuestión ya resuelta en sentido negativo por este Centro Directivo en dos recientes Resoluciones, ambas de fecha 19 de octubre de 2016.

La misma ausencia de análisis recursivo es aplicable a las alegaciones de la parte recurrente respecto de la actuación calificadora no uniforme del registrador de la Propiedad en relación con otras escrituras de préstamo hipotecario de la misma entidad crediticia cuyo clausulado era idéntico.

8. Entrando a valorar ya las distintas estipulaciones de la escritura de préstamo hipotecario suspendidas de acceso registral y cuyo rechazo ha sido objeto de recurso, la primera de ellas es en «la Cláusula Financiera Segunda «Duración. Vencimientos, Reembolso anticipado», apartado «2.2. Vencimientos», subapartado «2.2.2. Vencimientos en período de amortización», su párrafo tercero desde «Asimismo en la FIPER (...)» hasta el final de dicho párrafo, así como su párrafo cuarto», la cual es rechazada por carecer de transcendencia real (artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51.6.^a de su Reglamento); alegando la parte recurrente que tales párrafos tercero y cuarto en la estipulación 2.2.2. no existen en la escritura calificada.

En su informe, el registrador de la Propiedad aclara que, en realidad, lo que se ha denegado son «parte del párrafo primero y el párrafo segundo de la estipulación 2.2.2.1. Amortización con sistema francés», copiándolos literalmente, y dándose la circunstancia de la falta de coincidencia exacta entre los términos de la estipulación suspendidos, según

la nota de calificación (no existe la frase inicial de delimitación), y la parte suspendida según el informe del registrador.

A este respecto no cabe sino reiterar la doctrina de este Centro Directivo según la cual, cuando la calificación del registrador sea desfavorable, es exigible, de conformidad con los principios básicos de todo procedimiento y con arreglo a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese además de una motivación jurídica suficiente, la determinación de las concretas cláusulas o partes de las mismas suspendidas de inscripción, para que los interesados puedan conocer con claridad y precisión los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011 y 20 de julio de 2012, entre otras muchas).

Es indudable que sólo, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado, quien al conocer en el momento inicial los concretos defectos señalados por el registrador y los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada, podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador en la nota de calificación que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso. Por este motivo, al no coincidir con los consignados en la nota de calificación, no puede admitirse, en este ámbito, la concreción de los párrafos suspendidos que el registrador manifiesta en su informe; por lo que procede admitir el recurso en cuanto a este defecto y revocar la nota de calificación.

Y lo mismo cabe decir del segundo defecto de la nota de calificación, referido a un pacto contenido en la misma «estipulación financiera segunda», apartado «2.3. Amortización anticipada. Condiciones generales. Compensación por desistimiento por amortización anticipada subrogatoria y no subrogatoria: su penúltimo párrafo»; que se suspende por la inmediatez de la hipoteca a la que resultan ajenos comportamientos del deudor distintos del cumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada, conforme al artículo 1876 del Código Civil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 1996 y por su carácter superfluo y carente de trascendencia real (artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51.6.ª de su Reglamento).

El notario en su recurso señala respecto de este defecto que «la cláusula financiera 2.3, se subdivide a su vez en la 2.3.1. y en la 2.3.2.», preguntándose: «¿A qué penúltimo párrafo se refiere la calificación?», a lo que el registrador responde en su informe reproduciendo literalmente el párrafo suspendido, que resulta ser «el párrafo último de la cláusula 2.3.1. Condiciones Generales. Compensación por desistimiento por amortización subrogatoria y no subrogatoria», por lo que debe entenderse reproducido aquí lo expuesto anteriormente en este fundamento de Derecho respecto de la admisión del recurso y la revocación, en este punto, de la calificación registral.

9. La siguiente objeción del registrador que ha sido recurrida se refiere a la cláusula financiera cuarta «comisiones», respecto de la que se suspende la inscripción del apartado 4.2. «comisión por subrogación», el inciso: «Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 12.ª que se refiere a la “Subrogación de los adquirentes en el préstamo”; por carecer de trascendencia real, en tanto dicha cláusula no es objeto de reflejo registral, como se indicará posteriormente (artículos 9 y 98 de la Ley Hipotecaria 9 y 51.6.ª de su Reglamento)». Por su parte, la citada cláusula duodécima «subrogación de los adquirentes», se suspende también por cuanto la regulación de la subrogación por terceros adquirentes de la finca hipotecada, carece de trascendencia real (artículos 9 y 98 de la Ley Hipotecaria 9 y 51.6.ª de su Reglamento).

En el recurso se argumenta en contra de la denegación de estas cláusulas que si bien no afectan a la constitución de la hipoteca, se trata de pactos que reconocen a la parte prestataria e hipotecante el derecho a transmitir la vivienda con la facultad por el comprador de subrogarse en la deuda garantizada con la hipoteca, entendiéndose que su constancia registral sí es esencial para los terceros interesados en la subrogación, al permitirles conocer los requisitos a cumplir para que la misma opere. Pero la realidad es que esa

Cláusula Decimosegunda no atribuye derecho alguno a la parte prestataria–hipotecante para transmitir la finca hipotecada con la facultad del adquirente de subrogarse en el préstamo, sino que se limita a regular los requisitos mínimos que dicha adquisición debe reunir para que el acreedor, a su libre albedrío, pueda decidirse por la aceptación expresa de tal subrogación con efectos liberatorios para el deudor primitivo.

Por tanto, dependiendo la subrogación del adquirente en el préstamo del consentimiento expreso del acreedor, que no queda condicionado por los requisitos que se enumeran: «en todo caso será además necesario» se señala en la cláusula respecto de los mismos; y no constituyendo esta estipulación una cláusula financiera, ni sirviendo para perfilar la obligación garantiza, su inscripción debe ser rechazada por carecer de trascendencia real como se indica en la nota de calificación, ya que, como queda expuesto, constituye una mera información acerca de los requisitos mínimos que deben concurrir para que el acreedor acepte la subrogación del adquirente. En consecuencia, estas dos estipulaciones pueden denegarse alegando exclusivamente que se trata de un pacto de naturaleza personal si más motivación, como ya ha manifestado este Centro Directivo en diversas Resoluciones (Resoluciones de 30 de marzo y 28 de abril de 2015, entre otras).

10. Igualmente de la cláusula financiera sexta bis, «vencimiento anticipado del préstamo», apartado «6.bis.1. Causas de vencimiento anticipado del préstamo», se suspende la inscripción de las letras c): consistente en «no destinar el préstamo a la finalidad establecida», parte de la f): consistente en «no reembolsar al banco de las obligaciones dinerarias que siendo de cuenta del prestatario hayan sido anticipadas por el banco, por importe equivalente al menos a tres mensualidades», y g): consistente en «el fallecimiento de los fiadores sin que sus causahabientes acepten la herencia o lo hagan a beneficio de inventarios, salvo que el prestatario ofrezca nuevos fiadores a satisfacción del banco». Los argumentos de la denegación son los siguientes: por haber sido declaradas nulas por la Sentencia del Tribunal Supremo número 792/2009, de 16 de diciembre, diversas cláusulas de este tipo, en cuanto atribuyen eficacia resolutoria del contrato a cualquier incumplimiento o al incumplimiento de obligaciones meramente accesorias independientes de la obligación asegurada. El fundamento de Derecho vigésimo de la referida Sentencia, expone el registrador, establece que es desproporcionada aquella cláusula que atribuye carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorias. En este mismo sentido, señala el referido fundamento de Derecho, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 9 de marzo de 2001 y 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes; además, según razona la referida Sentencia del Tribunal Supremo número 792/2009, «de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio».

Relacionada con esta denegación se encuentra la paralela de la cláusula séptima «finalidad del préstamo», que se funda en que hace referencia a una obligación accesorias de la obligación garantizada que carece de trascendencia real y es independiente de la hipoteca cuya constitución se insta en el título calificado (artículos 1822 y siguientes del Código Civil, 2 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.^a de su Reglamento).

El recurrente alega en contra de esa argumentación que las causas de vencimiento anticipado cuya inscripción se deniega no son meramente accesorias o irrelevantes, sino por el contrario esenciales (en los términos de las Sentencias del Tribunal Supremo reseñadas en la nota de calificación), porque, respecto a la letra c), es difícil entender que no sea esencial del contrato el incumplimiento del motivo para el cual el banco presta el dinero y para el cual se solicita y que deviene en la causa por la que la entidad de crédito aceptar formalizar el contrato de préstamo, pues se solicita para destinar su importe a la adquisición de la vivienda que se hipoteca. En cuanto a la letra f), que no puede

considerarse irrelevante o abusiva la obligación del prestatario de cumplir con las obligaciones dinerarias derivadas de la conservación de los bienes dados en garantía, o incumplir aquellas condiciones que en el contrato se califiquen como esenciales para la formación de la voluntad de la otra parte en el negocio formalizado. Y por último, respecto de la letra g), que se encontraría la entidad en un supuesto de indefensión, si fallecido el prestatario o fiador y no aceptada la herencia, no pudiera iniciar las actuaciones necesarias para recuperar su crédito dirigiéndose en éste supuesto contra la herencia yacente.

Empezando por la última cláusula de vencimiento anticipado suspendida, es criterio de esta Dirección General que la misma no es inscribible porque el fallecimiento o concurso del fiador no afecta en modo alguno ni al derecho real de hipoteca ni a la solvencia del deudor, ni tampoco a la determinación de la garantía ni a sus posibilidades de ejecución, por ser la fianza una institución ajena al Registro de la Propiedad. En consecuencia, se confirma en cuanto a este defecto la calificación registral.

Sin embargo, respecto a las otras dos estipulaciones el recurso debe ser estimado y admitida su inscripción, en la medida que cumplen con los requisitos de causa adecuada, proporcionalidad y determinación. En cuanto al vencimiento anticipado del préstamo por no destinarse el dinero entregado a la finalidad convenida, en primer lugar, porque, en la medida en que el préstamo se vincula a la adquisición del inmueble hipotecado, como en este caso, o a cualquier otra finalidad relacionada directamente con el mismo (su construcción, rehabilitación o explotación), contribuye a la identificación de la obligación garantizada y se constituye en motivo de especial relevancia de la concesión. En segundo lugar, porque, en determinados supuestos, la finalidad del préstamo puede determinar el contenido de ciertas estipulaciones contractuales o de consecuencias procesales determinadas, como cuando el destino pactado es la adquisición de la vivienda habitual (ej. artículos 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, o 579 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o nos encontramos ante préstamos oficiales para la financiación empresarial (Instituto de Crédito Oficial) o ante acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pagos recogidos en la legislación concursal. Todo ello sin olvidar que la finalidad del préstamo, ya que nos encontremos ante prestatarios personas físicas o jurídicas, va a determinar la aplicación o no de la normativa sobre consumidores, según que el mismo se destine a «un propósito relacionado o ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), y el posible contenido de ciertas estipulaciones contractuales (ej. intereses moratorios en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016).

En cuanto al vencimiento anticipado por la ausencia del reembolso por el prestatario de las obligaciones dinerarias que siendo de su cuenta hubieran sido anticipadas por el acreedor, se considera inscribible porque el incumplimiento de esas obligaciones dinerarias derivadas de la conservación de los bienes dados en garantía o que estén directamente vinculadas a los mismos y puedan constituir cargas preferentes (ej. gastos de la comunidad horizontal, seguros de daños o Impuesto sobre Bienes Inmuebles), dada la importancia del mantenimiento de la suficiencia del valor de la garantía hipotecaria (artículo 117 de la Ley Hipotecaria) y de la conservación de la preferencia de cobro de la misma, deben posibilitar el vencimiento del préstamo en cuanto incumplimiento de obligaciones de especial relevancia a tales fines (Resoluciones de 20 de mayo de 2000 y de 22 de marzo de 2001, entre otras). Además, en este caso, la cuantía del incumplimiento se vincula al imperativo del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al exigir que el importe del mismo sea equivalente al menos a tres mensualidades de capital o intereses, por lo que no se le puede hacer la tacha registral de cuantía insuficiente o abusividad. Por último, tales gastos normalmente se encuentran garantizados expresamente con un concepto de la responsabilidad hipotecaria, en este caso también, concretamente en la cláusula novena de constitución de hipoteca, letra c) segunda parte. Por tanto, si se admite su garantía hipotecaria expresa, constituyendo una obligación garantizada, y, además, tienen una naturaleza financiera y están vinculados directamente con el inmueble hipotecado, no se vislumbra la razón por la que no pueda admitirse que su impago provoque el vencimiento anticipado del préstamo (Resoluciones de 1 de octubre de 2010 y 8 de junio de 2011, entre otras).

11. Por su parte, de la cláusula octava «Forma de pago. Solidaridad. Indivisibilidad. Imputación. Compensación», se suspende de su apartado «8.2. Solidaridad», su párrafo segundo: «posibilidad del acreedor de dirigirse contra otros obligados en caso de concurso del prestatario o de los fiadores», y sus apartados «8.4. Imputación de pagos» y «8.5. Compensación», completos; por tratarse, se argumenta, de pactos carentes de trascendencia real (artículos 1172 y siguientes y 1195 y siguientes del Código Civil, 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.ª de su Reglamento). El notario señala al respecto en el recurso que, si bien se trata de pactos que no afectan a la constitución de hipoteca, son obligaciones esenciales del contrato en tanto en cuanto regulan aspectos fundamentales de las relaciones entre acreedor y deudores que nacen del contrato principal, el préstamo.

No se comparte este criterio respecto del pacto de compensación de créditos (cuentas, depósitos, etc.), ni con relación a la posibilidad de reclamar el pago de la deuda a otros obligados, ya que se trata de pactos que trascienden a la garantía hipotecaria y carecen de eficacia real, al prever formas de pago alternativas a la ejecución de la hipoteca, por lo que respecto de los mismos debe desestimarse el recurso. El mismo criterio se debe mantener respecto de pacto de imputación de pagos genérico que ha sido objeto de suspensión, el cual faculta al acreedor para aplicar, a su libre elección, las cantidades que reciba del prestatario a cualquiera de las operaciones financieras que mantenga con el mismo.

Otra cosa sería el pacto de imputación forzosa de las cantidades recibidas al pago, por el orden convenido, de las distintas obligaciones principal, accesorias o complementarias vinculadas al préstamo (capital, intereses ordinarios, intereses moratorios y gastos); ya que dicha imputación va a determinar, en su caso, la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva por los distintos conceptos garantizados y, en su momento, el concreto pago al actor del precio del remate, pues la cuantificación del mismo dependerá de la cantidad reclamada por cada concepto y del importe de la respectiva responsabilidad hipotecaria, ya que no se puede entregar al ejecutante por cada uno de los conceptos garantizados cantidad alguna que exceda de la respectiva cobertura hipotecaria (artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

12. También es objeto de suspensión, de la cláusula novena de «constitución de hipoteca», el apartado «declaración especial» relativo a la renuncia de la parte prestataria a la posibilidad de desistir de la revocación de la hipoteca unilateral en caso que el acreedor no haya inscrito la aceptación de la misma; por el carácter voluntario de la inscripción y el principio de rogación que inspira el procedimiento hipotecario –artículo 6 de la Ley Hipotecaria y concordantes–. El recurrente argumenta en contra de esta suspensión, circunscribiendo en recurso a la renuncia a la posibilidad de revocar la hipoteca unilateral en caso que el acreedor no haya inscrito la aceptación de la misma en el plazo que señala el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, que, con independencia de los principios hipotecarios que aduce el registrador, se trata de un pacto esencial del contrato, ya que, la hipoteca es unilateral, y aunque la acepte el acreedor con posterioridad pero en la misma fecha de su constitución por diligencia, el hipotecante ya ha recibido el importe del préstamo que garantiza la hipoteca, luego en nada afecta el carácter voluntario de la inscripción a la obligación que asume el hipotecante de no renunciar a la hipoteca constituida.

A este respecto debe señalarse que, independientemente del carácter superfluo, en este supuesto concreto, del reflejo registral de esta «declaración especial», ya que la aceptación del acreedor figura por diligencia en la escritura de hipoteca; la renuncia o voluntad de no revocar la hipoteca inscrita, bien no requiriendo la aceptación del acreedor o bien no cancelándola transcurridos los dos meses desde que tuvo lugar el requerimiento, resulta una cláusula abusiva cuando sea aplicable, como ya se ha analizado ocurre en este caso, la legislación de protección de los consumidores. Así, esta cláusula, en cuanto implica la renuncia a un derecho concedido por Ley al prestatario consumidor por el artículo 141 de la Ley Hipotecaria (requerimiento al acreedor para que acepte y cancelación unilateral de la hipoteca transcurridos dos meses), se puede encuadrar dentro de las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos de los consumidores (artículo 86 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) o por afectar al perfeccionamiento y ejecución del contrato (artículo 89 de la Ley General para la Defensa

de los Consumidores y Usuarios), en la medida que impone al prestatario ciertas obligaciones para evitar los riesgos derivados de la falta de diligencia por parte del acreedor en el cumplimiento de las suyas propias (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009).

13. Tampoco considera inscribibles el registrador, de la cláusula undécima relativa a la «conservación de la garantía», su apartado b), el inciso «a nombre del Banco por cuenta y riesgo de la parte prestataria» de su párrafo primero, así como sus párrafos segundo y tercero (aplicación de las indemnizaciones por el seguro de daños o por expropiación forzosa, por tratarse de pactos carentes de trascendencia real o reiteración de las previsiones legalmente establecidas (artículos 9, 98 y 110 de la Ley Hipotecaria 9 y 51.6.^a de su Reglamento); el párrafo primero de su apartado c), relativo al arrendamiento de la finca hipotecada, por resultar contraria su inscripción a normas imperativas (en este sentido, los artículos 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria, conforme a los cuales las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos onerosos, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento) y por haber sido declarada la no inscribibilidad de las cláusulas que limiten la facultad celebrar contratos de arrendamiento que estén sujetos al principio de purga (cfr. artículo 13 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), no pudiendo provocar, por tanto, perjuicio al acreedor hipotecario (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 1996 y 22 de marzo de 2001, que la Sentencia del Tribunal Supremo número 792/2009, de 16 de diciembre, cita como doctrina en su fundamento de Derecho duodécimo), y de su letra c), penúltimo párrafo, el inciso «como se establece en la cláusula 5.^a», en la medida que dicha cláusula quinta de «gastos», no ha sido objeto de reflejo registral por los motivos anteriormente expresados.

El notario señala en su recurso que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en la parte destinada a los gastos de conservación de la garantía, indica expresamente que «en lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta de que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía...». Y que, por tanto, el incumplimiento por la parte hipotecante de la obligación de asegurar los bienes dados en garantía ocasionaría que la entidad acreedora se vea en la necesidad de formalizar dicho seguro, cantidades que podrá reclamar en el proceso judicial. En la constitución de hipoteca, una de las obligaciones que asume el hipotecante es conservar el bien hipotecado, pacto que le obliga a realizar todos los actos necesarios de mantenimiento, conservación y reparación del bien hipotecado a efectos de que no pierda su valor, y dentro de estas garantías de conservación está la de contratar un contrato de seguro a fin de que en supuesto de siniestro el capital asegurado pueda ser destinado a la cancelación de la deuda garantizada con la hipoteca. Asimismo, en cuanto a la obligación de no arrendar debe entenderse dentro de las obligación de conservar la finca hipotecada y no perjudicar la misma mediante contratos de arrendamiento que puedan resultar lesivos para el derecho de hipoteca.

Lo primero que debe ponerse de manifiesto en cuanto a este grupo de pactos suspendidos, es que la obligación de conservar con la debida diligencia la finca hipotecada y de tenerla asegurada del riesgo de incendios y otros daños, sí se consideran inscribibles por el registrador, por lo que no son aplicables los argumentos, ciertos sin duda, del notario recurrente en favor de su inscripción. Lo que es excluido realmente del registro es la obligación de que en el seguro figure como beneficiario el banco, que las indemnizaciones derivadas del seguro o de las expropiaciones forzosas se destinen al pago de las cantidades derivadas del contrato –incluso las no vencidas–, y el régimen de la subrogación real de los importes percibidos en caso de las obligaciones no estuvieran vencidas. Tales pactos, si bien es cierto, como señala el registrador en su nota de calificación, son reproducción de previsiones legales o desarrollo permitido por las mismas, deben

considerarse inscribibles en la medida que la hipoteca se extiende naturalmente a las mismas (artículos 109 y 110.2 de la Ley Hipotecaria).

Sin embargo, de este régimen debe exceptuarse las indemnizaciones derivadas de la expropiación forzosa de la finca hipoteca porque su destino y procedimiento viene fijado por la Ley (artículo 42 la Ley sobre expropiación forzosa), no siendo susceptible de pacto y, además, la obligatoria citación del acreedor hipotecario en el expediente expropiatorio (art. 4.2 de la Ley sobre expropiación forzosa) permitirá la defensa del mayor valor posible para la finca hipotecada (Resolución de 18 de marzo de 2008). Esta cláusula solo sería admisible si contiene la previsión de la posibilidad por parte del deudor de sustituir la garantía desaparecida por otras nuevas e igualmente seguras de conformidad con el artículo 1129.3 del Código Civil.

Respecto a la prohibición de arrendar por debajo de una determinada renta que se fija, debe considerarse no inscribible porque, aparte de disponerlo así con carácter general el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, tales pactos, como pone de manifiesto la nota de calificación, solo son admisibles en relación con aquellos supuestos de arriendo que no estén sujetos al sistema de purga de cargas en caso de ejecución de una hipoteca anterior (artículos 134 de la Ley Hipotecaria, 175.2 del Reglamento Hipotecario y 659 y 674.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, por tanto, no menoscaban la garantía hipotecaria ni alteran su preferencia. Esta doctrina del Tribunal Supremo debe interpretarse, tras la reforma introducida en la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley 4/2013, de 4 de junio (artículos 7.2, 10.2 y 14), en el sentido que, actualmente, ningún arrendamiento no inscrito, tanto de local como de vivienda, está libre de purga en caso de ejecución de hipoteca anterior (Resoluciones 1 de octubre de 2010, 8 de junio de 2011 y 28 de abril de 2015).

Así, el artículo 10.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que «una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga establecido en el artículo 9 (hasta 3 años), así como la prórroga de un año a la que se refiere el apartado anterior, se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria», por lo que en caso de no inscripción del arrendamiento, éste no se impondrán a las adquirentes ni titulares de hipotecas inscritos con posterioridad. Y, por su parte, el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que en caso de enajenación de la vivienda arrendada «el adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca», lo que al decir de la doctrina mayoritaria sería aplicable a los rematantes y adjudicatarios de la vivienda en la ejecución hipotecaria, a los que únicamente afectará los arrendamientos inscritos con anterioridad a la hipoteca.

14. Por último, se suspende también la inscripción de las cláusulas decimotercera: «apoderamiento»; decimocuarta: «anotación de suspensión», la de «tratamiento de datos personales», la de «declaración específica: condiciones generales de la contratación, y no adhesión a arbitraje de consumo» y la de «autorización», por tratarse de estipulaciones carentes de trascendencia real (artículos 9 y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51.6.^a de su Reglamento).

El recurso se limita a indicar, en favor de la inscripción de estas cláusulas, que hay que distinguir entre aquellos pactos de la escritura relativos al préstamo y la hipoteca que lo garantiza, con aquellos apartados de la escritura relativos a los aspectos formales de la misma, es decir, entre obligaciones que forman parte del contenido negocial del título, con las referidas a la acreditación del cumplimiento de determinados aspectos esenciales del título mismo; pero no determina cuáles de tales cláusulas o parte de las mismas debe entenderse inscribible y cuáles no.

Lo cierto es que ninguna de las cláusulas de este grupo tienen el carácter de estipulación financieras, ni contribuyen a la delimitación de la obligación garantizada o del derecho real de garantía, ni son susceptibles de garantía hipotecaria, ni tampoco se

articulan como causa de vencimiento anticipado del préstamo, por lo que pueden ser suspendidas con la única motivación de carecer de trascendencia real; procediendo, por tanto, en cuanto a las mismas, la desestimación del recurso.

Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 y de aplicación de la normativa de consumidores, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación en cuanto al primer defecto recurrido (falta de expresión manuscrita del prestatario). En cuanto a las demás cláusulas suspendidas también procede, en general, desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación, salvo respecto de aquellas concretas cláusulas en que expresamente se señala la admisión del recurso en los fundamentos de Derecho números 8, 10 y 13.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de noviembre de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.