

**CONTRATOS DE COBERTURA POR EL RIESGO DE ALZA DE TIPOS:
CAPS HIPOTECARIOS**

Comentarios a la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Valladolid n.º 5, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario que contiene un “Cap” hipotecario¹

Pascual Martínez Espín
Catedrático acreditado de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 11 de marzo de 2014

Introducción

El contrato CAP pertenece normalmente a la categoría de los swap vinculados o accesorios. Mediante su contratación el Banco asegura al cliente que no va a pagar por su financiación una cantidad superior al tipo de interés representado por el CAP. La mecánica es sencilla: el cliente tiene una deuda con el Banco o con un tercero que paga a un interés variable (euríbor por ejemplo) y le interesa que el coste de la deuda no suba por encima de un determinado interés. Para ello contrata un CAP sobre un determinado nominal, que resulte coincidente con la deuda que tiene con el Banco. Cuando el Euríbor suba por encima del CAP, la consecuencia es que el cliente pagará por la deuda el Euríbor, pues los términos de la deuda no se modifican, pero recibirá por efecto de la permuta la diferencia entre el CAP y el Euríbor. La consecuencia es que para valores del euríbor superiores al CAP no habrá coste añadido para el cliente.

La diferencia con el swap es que en este último, para valores del euríbor inferiores al tipo fijo del swap, sí hay liquidaciones de intereses, que serán negativas para el cliente, pues el cliente sigue pagando al Banco el tipo fijo mientras el Banco paga al cliente el Euríbor, que es inferior. En el CAP por el contrario no hay liquidaciones por debajo del tipo fijo, de modo que el cliente seguirá pagando por su deuda el euríbor. En este caso el coste para el cliente (beneficio para el Banco) viene a ser el pago de una prima (de ahí la naturaleza aseguradora del CAP) que será mayor o menor, o incluso inexistente, en caso

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

de que el contrato incorpore otras condiciones favorables para el Banco. En el CAP tipo Collar, como el de autos, el cliente compra al Banco el CAP, pero vende al Banco un suelo o floor, que viene a ser, como la prima, la contraprestación que el Banco recibe por asegurarle al cliente que el coste financiero de su deuda no va a superar un determinado nivel. Cuando el Euribor no suba por encima del CAP, ni descienda por debajo del floor, en ese caso el contrato no es operativo y no registra ganancia alguna, ni para el Banco ni para el cliente.

En ocasiones se ofrece un CAP con un strike, o tipo de interés máximo, del 3%, vigente durante un plazo de tres años. Mientras el euríbor no supera ese tope, la cobertura no actúa. Pero cuando, al hacer la revisión anual de la hipoteca, el euríbor queda por encima de ese límite, el banco paga la diferencia de intereses en favor del cliente durante los 12 meses siguientes, hasta la próxima revisión. En otras, el Banco exige el pago de una prima equivalente al 1% del importe concedido en la hipoteca. En el caso de que el euríbor no haya superado el 3% -y no se haya activado por tanto el CAP en ningún momento a lo largo de esos tres años-, el banco devuelve el importe de la prima, aunque para garantizarse este cobro el cliente deberá pagar de entrada una prima superior, del 2,55%. A medida que se amplía el plazo de protección ante el alza de tipos, aumenta el coste del producto. Así, hay entidades que exigen una prima del 7% del importe de la hipoteca por cubrirla a un interés del 3,5% durante ocho años.

En el momento actual, las entidades están desempolvando la oferta de los denominados CAP. "A cambio de una prima, que es posible financiar con la hipoteca, el cliente tendrá la tranquilidad de que su cuota hipotecaria no subirá por encima de un límite y además recibirá liquidaciones positivas en su cuenta cuando el euríbor supere ese límite contratado. Nunca se le imputarán liquidaciones negativas".

Ahora bien: ¿qué problemas jurídicos plantean estos “caps hipotecarios”?

Para entender la mecánica de las permutas de intereses es necesaria una detallada explicación, y aunque puede tener para el cliente el beneficioso efecto de asegurar el pago de un determinado tipo de interés, no dejan de tener del todo un componente especulativo. De esta forma, y por un defecto de información, quizás confiando en una situación actual favorable, se puede perder de vista otra posterior que ya no lo sea. Por eso las condiciones en las que se haya firmado el contrato (plazo de duración, vinculación con otras operaciones de endeudamiento, importe del nominal, cláusulas que afecten de forma diferente al banco y al cliente, barreras que impidan una excesiva diferencia de tipos) no son irrelevantes para una mayor o menor exigencia del deber de información de la entidad bancaria. También habrá que tener en cuenta el conocimiento que el cliente tenga de estas operaciones, su perfil, así como sus necesidades y motivaciones para contratar un CAP.

La evolución legislativa relativa a esta materia arranca con el R.D. 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en el mercado de valores y que obliga a las entidades a identificar correctamente a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora, objetivos de la inversión; debiendo proporcionarles toda la información de que disponga y que pueda ser relevante para que aquéllos puedan tomar una decisión con conocimiento preciso del contenido de lo que contratan y de los efectos de tal operación. Debiendo -además- informar con toda celeridad de las incidencias relativas a las operaciones contratadas, recabando del cliente de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesarias al interés del mismo (arts. 4 y 5). Actualmente derogado por R.D. 217/08, de 11 de noviembre.

No menos tuitiva es la Ley 36/03, de 11 de noviembre en cuyo art. 19 recoge los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios de dichos instrumentos, con la transparencia que regula el art. 48.2 de la ley 26/88 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Precisamente este artículo busca explícitamente proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito. Por ello los contratos deben reflejar "de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de los mismos ante las eventualidades propias de cada clase de operación".

La Ley 47/07, de 19 diciembre traspone la famosa Directiva 2004/39 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros por la que se modificaban directivas procedentes. Denominada MIFID (Markets in Financial Instrument Directive) y que marca una pauta no sólo continuista con la protección de la clientela de tales productos, sino que la implementa². Pasando a

² La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (LCEur 2004, 1848), relativa a los mercados de instrumentos financieros señala que uno de los objetivos de la Directiva es la protección de los inversores. A tal efecto la Directiva distingue varias categorías de inversores (particulares, profesionales y contrapartes).

Una de las novedades introducidas por la Directiva es la obligación de las entidades de inversión de seguir unas determinadas normas de conducta cuando se relacionan con clientes no profesionales. Se regulan estas normas de conducta en el artículo 19 según el cual "se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre:

(...) los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información debería incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares, (...) de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa. Esta información podrá facilitarse en un formato normalizado.

"4. Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de

través de la citada ley 47/07 a nuestra Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores³.

Entre las finalidades fundamentales de la Directiva está la de proteger a los inversores y asegurar el funcionamiento armónico de los mercados de valores. Para ello se precisa de un régimen global de transparencia a fin de que los participantes en el mercado puedan evaluar en todo momento las condiciones de la operación que están sopesando y puedan comprobar a posteriori las condiciones en las que se llevó a cabo (considerado 44). Por ello -concluye en su considerado 71- el objetivo es crear un mercado financiero en el que los inversores estén realmente protegidos e impedir que la opacidad o distorsión de un solo mercado pueda afectar al funcionamiento del sistema europeo.

inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

"5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente.

"En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado".

³ En particular resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781), en su redacción dada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302):

"1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados".



Así que en sus arts. 14 y 19 exige a las empresas de inversión -a través de los Estados- que aseguren una negociación justa y ordenada, con criterios objetivos, con una información pública suficiente para que sus usuarios puedan formarse una opinión certera sobre la inversión, " teniendo en cuenta tanto la naturaleza de los usuarios como los tipos de instrumentos negociados" . Con información clara a los usuarios "de sus responsabilidades respectivas con relación a la liquidación de las operaciones ejecutadas en el sistema". Así que las empresas de inversión deberán de tomar "las medidas necesarias para facilitar la liquidación eficiente de las operaciones...".

Por ello, concreta el art. 19, la información al posible usuario ha de ser "comprensible", entre otras cuestiones en lo relativo a gastos y costes asociados, "de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa".

Para lo cual la empresa de inversión habrá de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en su ámbito del usuario, los objetivos de inversión del cliente, para así recomendarle los servicios de inversión de instrumentos financieros que más le convengan.

La consecuencia de lo anterior es que, cuando se trata de un cliente no profesional, la entidad de inversión debe informarle no solo sobre la naturaleza del producto, lo que ya viene exigido por el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores, sino también sobre los riesgos específicos asociados a la inversión "de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa". Además, aunque no se trate una empresa que preste servicios específicos de asesoramiento en materia de inversión, debe pedir al cliente "que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente".

Primero. RDGRN de 5 de febrero de 2014

En el caso que nos ocupa, mediante escritura autorizada por un notario de Valladolid, los cónyuges constituyen hipoteca sobre una finca, que es su vivienda habitual, en garantía de un préstamo que reciben del Banco de Santander. Consta en el apartado

3.bis.5 “Bonificación del tipo de interés” de la cláusula 3.^a bis: “Además de lo indicado anteriormente en esta misma cláusula, en la fecha de inicio de cada uno de los sucesivos periodos de interés, se actuará de la siguiente forma para obtener el tipo de interés nominal a aplicar en ese período de interés. Se restará al tipo de interés obtenido según la forma establecida en el apartado 3.^o bis.2, 0,10 puntos por cada uno de los Grupos de Productos o Servicios que se especifican a continuación, siempre que se tengan contratados con Banco Santander, S.A., o sociedades de su grupo, en la forma, los volúmenes o plazos mínimos que se señalan en cada caso”: ...

“– Contratación Cap hipotecario por un importe mayor al 70% del saldo pendiente. El Cap Hipotecario es un contrato sobre operaciones financieras de cobertura de riesgo de tipo de interés cuyo objetivo es dar cobertura ante las posibles fluctuaciones al alza del tipo de interés de referencia del préstamo/crédito hipotecario con las siguientes características: Por dicha cobertura el cliente, a cambio del pago de una prima, ya sea satisfecha en una sola vez, al inicio de la operación, o fraccionada, con una periodicidad constante, a elección del cliente, adquiere el derecho a recibir del Banco una liquidación en el caso de que el tipo variable pactado en la cobertura sea superior al tipo de interés Cap igualmente pactado. El importe de esa liquidación, a recibir con la periodicidad convenida (“períodos de cálculos”), será la diferencia entre ese tipo variable y ese tipo de interés Cap, minorado en la prima periódica correspondiente, en el caso de haber optado por esta forma de pago de prima. En el caso de que el tipo variable sea igual o inferior al tipo de interés Cap, el cliente no recibirá pago alguno a su favor y vendrá obligado al pago de la prima periódica correspondiente, si esta es la forma de pago de prima elegida. La cobertura del riesgo de tipo de interés (Cap) es aplicable sobre el importe nominal que se convenga, que será igual o inferior al importe inicial del préstamo, y se podrá convenir por un plazo de 3 ó 5 años, si bien, en todo caso, por un plazo inferior al pactado para el préstamo. La cobertura podrá cancelarse en caso de vencimiento anticipado del préstamo o subrogación activa a otra entidad. En aquellos casos en que la forma de pago de prima elegida sea la de prima periódica, el cliente deberá satisfacer al Banco, con ocasión de esa cancelación anticipada, las fracciones de prima que queden pendientes de pago hasta la fecha de vencimiento de la cobertura convenida. El precio de la cobertura (prima) dependerá de las condiciones de mercado que existan en el momento de formalización del préstamo hipotecario y/o la cobertura y no será recuperable por el cliente, aun en el caso de vencimiento anticipado. Una vez formalizada la operación de cobertura o Cap, los tipos de interés pueden evolucionar de tal manera que el coste financiero soportado por el cliente (primas) sea superior a las cantidades a recibir del Banco durante la vigencia de la operación, pudiendo darse la circunstancia, por tanto, de que en determinados periodos de cálculo, e incluso en la totalidad de los mismos, el cliente haya pagado la prima, o deba hacerlo si opta por una prima periódica, sin recibir contraprestación del Banco. A los efectos de lo dispuesto en



esta estipulación, hay que entender que la contratación de dichos productos y servicios, así como su mantenimiento posterior, se hace por expresa solicitud y voluntad de la parte prestataria, sin que en ningún caso suponga para el Banco la obligación de contratarlos o mantenerlos”.

Segundo. Calificación del Registrador

Según el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: “1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas”.

El Registrador resuelve suspender la práctica de la inscripción solicitada por observarse el siguiente defecto: Estableciéndose una bonificación al tipo de interés para el caso de que se tenga contratado con el Banco de Santander, S.A., o sociedad de su grupo un CAP hipotecario por un importe mayor al 70 % del saldo pendiente, no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que exige para tales supuestos cuando el prestatario es una persona física y la hipoteca recae sobre una vivienda que la escritura pública incluya junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. El contenido de la expresión manuscrita será el que establezca el Banco de España, pero hasta que este organismo la regule, la expresión manuscrita es igualmente exigible, en los términos que el notario considere adecuado, por aplicación de los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en relación con la cláusula suelo, ya que esa expresión manuscrita constituye la forma que el legislador ha elegido para asegurarse el conocimiento por parte de los consumidores de los productos bancarios que enumera el

artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del riesgo financiero que los mismos comportan.

Tercero. El recurso del Notario autorizante

La anterior nota de calificación fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por el notario autorizante de la escritura calificada, con arreglo a las siguientes alegaciones:

1.- El defecto apreciado por la registradora, que determina la suspensión de la inscripción, es la previsión, contenida en la cláusula 3.bis.5 de una bonificación en el tipo de interés, para el caso de “Contratación Cap hipotecario por un importe mayor al 70% del saldo pendiente”. El fundamento jurídico de la suspensión es el artículo 6 de la Ley 1/2013, que prevé, en determinados supuestos, la necesidad de una expresión manuscrita de los clientes, expresión que no consta en la escritura referida.

2.- El artículo 6 de la Ley 1/2013 literalmente, dice, eliminando lo irrelevante a estos efectos: “1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: ... b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés”.

3.- El Banco de España, en la reunión de su Comité Ejecutivo de 5 de julio de 2013 ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 1 del transcrito artículo 6, indicando cuál ha de ser la expresión manuscrita que “junto con la firma del cliente, [deberá incluirse] en la escritura pública de contratación de préstamos hipotecarios”. Los términos que deberán incluirse, en el caso que nos ocupa, son: “Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario: ... (ii) lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [indicar cuál],... Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que: ... b) las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas...”.

4.- El precepto legal transcrito establece que, para que sea precisa la expresión manuscrita, es requisito el **que el préstamo lleve asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés**. La expresión “llevar

asociado” significa que algo vaya necesariamente unido con otra cosa, esté vinculado a ella o sea condición de ella. No se trata, por tanto, de una expresión que muestre la posibilidad, o no, de que algo vaya con otra cosa en un momento futuro, sino que exige que la lleve efectivamente consigo de presente, como situación de hecho existente, y no que pueda, quizás, llegar a existir. Y tal interpretación no parece dudosa, pues el propio Banco de España, al establecer los términos del manuscrito, dice que éste ha de rezar: “mi préstamo hipotecario lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés”, empleando el tiempo presente del verbo “llevar”, es decir, el tiempo “lleva”, lo cual implica que la asociación préstamo-instrumento de cobertura ha de ser un hecho, y no una posibilidad, en el momento del otorgamiento del préstamo. En consecuencia, solo si el préstamo hipotecario implica, en el momento de formalizarse, la simultánea y necesaria contratación de un instrumento de cobertura, que vaya asociado a aquel, es precisa la “expresión manuscrita”.

5.- En el préstamo que nos ocupa no existe tal asociación. La contratación de ese instrumento **es una mera posibilidad** que se ofrece al cliente, que puede optar por ello o no, con plena libertad. En este sentido, la propia cláusula del préstamo que hace referencia a los vínculos con el banco que dan derecho a las bonificaciones, dice, al referirse al instrumento de cobertura, llamado “Cap” que: “La cobertura del riesgo de tipo de interés (Cap) es aplicable sobre el importe nominal que se convenga que será igual o inferior al importe inicial del préstamo y se podrá convenir por un plazo de 3 ó 5 años, si bien, en todo caso, por un plazo inferior al pactado para el préstamo. La cobertura podrá cancelarse en caso de vencimiento anticipado del préstamo o subrogación activa a otra entidad”. Es decir, la contratación del Cap se prevé en términos potestativos, como algo que podrá ocurrir o no, y no como obligación asociada al préstamo, que el cliente deba asumir para contratar éste. Asimismo, esa cláusula, en su párrafo último, dice que: “A los efectos de lo dispuesto en esta estipulación, hay que entender que la contratación de dichos productos y servicios, así como su mantenimiento posterior, se hace por expresa solicitud y voluntad de la parte prestataria, sin que, en ningún caso, suponga para el Banco la obligación de contratarlos o mantenerlos”, quedando claro que no hay deber alguno por parte del cliente de pedir o mantener los vínculos, sino que el hacerlo únicamente determinará la aplicación o no de la bonificación correspondiente a los mismos. No hay, por tanto, ni deber de contratar el Cap en momento alguno, ni éste ha de existir al tiempo de contratar el préstamo, ni ha de mantenerse durante el mismo. No existe, pues, la “asociación” entre préstamo y Cap que constituye el requisito para que sea necesaria la expresión manuscrita.

6.- Pero, aun en el caso de que existiera esa asociación, existe un requisito adicional, para que sea obligada la expresión manuscrita, si nos atenemos a la fórmula que, dando cumplimiento a la Ley, ha establecido el Banco de España, ya que tal fórmula dice: “Soy concededor de que mi préstamo hipotecario lleva asociada la contratación de un



instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés. Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas”. En consecuencia, el instrumento que el banco propone no es equivalente a un SWAP de tipos de interés, en el que, periódicamente, se calcula la diferencia entre un tipo de interés fijo o de referencia y el variable aplicable de acuerdo con lo pactado en el préstamo, liquidándose la diferencia, a favor del cliente, si el variable es superior, o del Banco, si inferior, de tal modo que las liquidaciones periódicas puedan ser favorables o desfavorables al cliente. En el Cap que este préstamo prevé, se pacta una prima fija, perfectamente líquida desde el momento en que se contrata el Cap, y a pagar en ese momento o, en su caso, a plazos, y a cambio, se hace una liquidación por la diferencia entre el tipo asegurado y el superior que resulte, en su caso, de la aplicación de las condiciones del préstamo, siempre a favor del cliente, pues en caso de que el tipo asegurado sea superior al que resulte de la aplicación de las condiciones del préstamo, relativas a la determinación del tipo de interés, no se practica liquidación alguna por la diferencia. Es decir, que tampoco, en el tipo de cobertura que prevé el préstamo hipotecario, se da el presupuesto de hecho, previsto por el Banco de España, de que “las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas”. Y, por este motivo, el Notario autorizante manifiesta su disconformidad con la calificación de la registradora, que la exige.

Cuarto. Comentario

1. Planteamiento

El recurso se limita al primero de los defectos señalados en la calificación –al aceptar el recurrente los relativos a la suspensión de la cláusula relativa a los intereses de demora y la garantía de los mismos, y a diversas causas de vencimiento anticipado-.

La registradora suspende la inscripción de la hipoteca por cuanto estableciéndose una bonificación al tipo de interés para el caso de que se tenga contratado con el Banco de Santander, S.A., o Sociedad de su grupo un Cap hipotecario por un importe mayor al 70 % del saldo pendiente, entiende necesario el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que exige para tales supuestos cuando el prestatario es una persona física y la hipoteca recae sobre una vivienda que la escritura pública incluya junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Y si bien, el



contenido de la expresión manuscrita será el que establezca el Banco de España, a juicio de la registradora, hasta que este organismo la regule, la expresión manuscrita es igualmente exigible, en los términos que el notario considere adecuado, por aplicación de los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en relación con la cláusula suelo, ya que esa expresión manuscrita constituye la forma que el legislador ha elegido para asegurarse el conocimiento por parte de los consumidores de los productos bancarios que enumera el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del riesgo financiero que los mismos comportan.

El Notario recurrente, por el contrario, entiende que no concurren en el presente supuesto los presupuestos de hecho que definen el ámbito de aplicación del citado precepto legal.

2. Control de contenido por el Registrador

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

Una conclusión a la que, por lo demás, hay que llegar también si nos atenemos a la jurisprudencia comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios. Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, en efecto, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, comprende a todas las autoridades de los Estados miembros, entre las que deben incluirse los registradores. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores –transpuesta mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios—tal y como ha puesto de manifiesto la Abogada General en sus conclusiones al asunto C-40/08, exige expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, la disposición de instrumentos, esto es, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas.

3. Control de inclusión

Esta misma doctrina, a fortiori, resulta aplicable al control previo de inclusión y de transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, pues se trata de un control previo al del contenido o abusividad, cuyo análisis en relación con las cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios relativos al objeto principal del contrato, y en particular en relación con las cláusulas de interés variable y las relativas a su composición o determinación, o las a ellas asociadas (como en el caso de los contratos o cláusulas de cobertura del riesgo de los intereses variables) ha sido abordada en profundidad por nuestro Tribunal Supremo (Sala primera) en su Sentencia 242/2013, de 9 de mayo. Las cláusulas que disciplinan contractualmente los intereses variables y las determinaciones accesorias que influyen en su fijación o variación, incluyendo cualquier elemento de coste financiero que vaya asociado al mismo, deben entenderse incluidos en el concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido que da a tal expresión la citada Sentencia de la misma («forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario»).

4. Control de 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 13 de septiembre de 2013, no sólo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. En este sentido, la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, reconociendo que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, añade que «también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados—lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención— (parágrafo 259).

Esta obligación de claridad y transparencia se controla a través de un doble filtro. El primero es aplicable a todo contrato con condiciones generales de la contratación, con



independencia de que en el mismo intervenga o no un consumidor, a través del llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula al contrato (vid. art. 7 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación). El segundo filtro, limitado al caso de los contratos con consumidores, se articula a través del control de transparencia.

5. Aplicación de la anterior doctrina

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

Pero es que, además, al citado control de transparencia debe preceder un previo control de inclusión o incorporación al contrato de la cláusula que revista caracteres de condición general de la contratación, siendo así que el contenido de los contratos sobre servicios financieros a que se refiere la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas, de ahí que se impongan determinados deberes de información a las entidades prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura (vid. parágrafo 157 de la Sentencia del Tribunal Supremo número 141/2013).

Así, este control de inclusión se pretende garantizar por el Ordenamiento reglando el proceso previo a la constitución de las hipotecas, que en lo pertinente aparece recogido en la actualidad en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y antes en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. A esta última se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, señalando que «la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja» (parágrafo 198). Este proceso previo a la

constitución de la hipoteca ha sido reforzado por Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, al prever la aprobación de una guía de acceso al préstamo hipotecario por el Banco de España (art. 20), una ficha de información precontractual (art. 21), otra ficha de información personalizada (art. 22), información adicional sobre instrumentos de cobertura de riesgo de intereses (art. 24) y otra información adicional sobre cláusulas suelo y techo (art. 25).

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

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. En el presente supuesto no existen dudas sobre la concurrencia de los requisitos que definen el ámbito subjetivo del citado precepto legal (los prestatarios son personas físicas) y

objetivos (la hipoteca recae sobre la vivienda habitual de aquellos). Tampoco existe duda alguna en relación con la modalidad del contrato del que puedan derivar los riesgos de los que debe haber sido adecuadamente advertido el prestatario (un préstamo hipotecario).

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

El notario recurrente, basando su tesis impugnativa en una interpretación meramente literal del artículo 6 de la Ley 1/2013, entiende que en el caso objeto del presente expediente no concurre la circunstancia de que el préstamo hipotecario escriturado «lleve asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés». Sin embargo, frente a dicha interpretación literal debe prevalecer otra que,

conjugando todos los elementos de una hermenéutica completa de la norma, responda a su verdadera finalidad que es eminentemente tuitiva y protectora del prestatario frente al riesgo del incremento de los costes financieros de la operación que pueden generar un peligro de insolvencia e impago que, a su vez, determine la ejecución y la pérdida de la propia vivienda.

En este sentido, en primer lugar, una interpretación literal y restrictiva de la norma podría hacer perder eficacia a la norma en la medida en que vendría a resultar redundante respecto de la protección que para los productos de cobertura del riesgo de variación de intereses ya dispensa el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que ya impone la obligación de información exhaustiva en relación con cualquier sistema de cobertura de tipo interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad, de sus características y riesgos, información que se deberá recoger en un anexo a la Ficha de Información Personalizada. Es más, en cierto sentido tal interpretación podría constituir una regresión respecto de la citada Orden pues, el apartado 3 del mencionado artículo señala que: «No será necesario, a efectos de la aplicación de lo previsto en este artículo, que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo». Obsérvese cómo la propia rúbrica del artículo 6 de la Ley 1/2013 pone el acento en la idea del «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario», lo que excluye cualquier interpretación que no pase por aceptar que el resultado de la norma es el de un incremento del nivel de protección previo al deudor hipotecario. En segundo lugar, se debe atender al carácter eventual o meramente potencial de los riesgos que se tratan de prevenir («posibles riesgos derivados del contrato», referido al préstamo hipotecario). Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la información suministrada al consumidor debe permitirle apreciar que se trata de una cláusula «que incide o puede incidir en su obligación de pago» (vid. parágrafo 211). En tercer lugar, frente a la necesidad actual de que se estipulen en el contrato limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, en el caso de las cláusulas suelo y techo, a que se refiere la letra a) del apartado 2 del reiterado artículo 6 («que se estipulen limitaciones...»), en el caso de la letra b) no se impone la exigencia expresa de una estipulación o contratación definitiva actual al tiempo de otorgar la escritura del préstamo hipotecario, sino que se utiliza la expresión más abierta y flexible de llevar «asociada». La acción de asociar en este caso se debe entender no en el sentido de vincular, sino en el de relacionar (tercera de las acepciones del diccionario de la Real Academia de la Lengua). Esta relación en el presente caso existe según se desprende de una atenta lectura de la cláusula contractual debatida. En la misma no sólo se establece la previsión de la bonificación del tipo de interés para el caso de que se llegue a contratar el instrumento de cobertura, ni se limita a ofrecer una

información detallada de las características del mismo, sino que, además, prefigura, preordena, la regulación contractual de la cobertura para el caso de que finalmente, en cualquier momento de la vida del préstamo hipotecario, se contrate. En este sentido, si bien en la citada cláusula no existe una «imposición del contrato» en el sentido de «obligar a contratar», sí existe lo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 denomina «imposición del contenido» (parágrafo 151). Por tanto, se está fijando en esta estipulación el contenido del instrumento de cobertura en sus elementos básicos: importe garantizado (como porcentaje sobre saldo pendiente), plazo de duración, criterio de fijación del precio, condiciones de vencimiento anticipado, destino de la prima periódica en caso de resolución anticipada o subrogación en la hipoteca de un tercero, etc. Sin necesidad de abordar la conceptualización jurídica de estas previsiones desde un punto de vista dogmático, sí puede afirmarse en relación al instrumento de cobertura que estamos en presencia de algo más que meros tratos preliminares, y que por el contrario tales previsiones se desenvuelven en un terreno entre la denominada por los autores contractualización del régimen jurídico de la fase de negociaciones y los contratos o estipulaciones preparatorias (precontrato de adhesión). En cualquier caso, basta esto para poder afirmar que su inserción o incorporación al propio clausulado del préstamo hipotecario, además con repercusión directa sobre el precio del mismo al determinar una bonificación sobre los intereses, permite afirmar la existencia de una asociación o relación entre el préstamo hipotecario y el «cap» hipotecario prefigurado en dicha estipulación, activando con ello la exigencia de la firma manuscrita sobre la advertencia sobre los posibles riesgos derivados impuesta por el artículo 6 de la Ley 1/2013. Obsérvese que dado que la duración media de estos instrumentos de cobertura es significativamente menor que la del propio préstamo hipotecario al que acompañe, en caso de imponerse la interpretación en que pretende ampararse el recurrente ello conduciría a excluir la garantía protectora incorporada al citado artículo 6 en toda hipótesis en que la cobertura se acuerde en cualquier momento posterior al del otorgamiento del préstamo hipotecario, aun cuando, como aquí sucede, su estipulación posterior, y sus concretas condiciones, estuviesen ya previstas en el propio contrato de préstamo, facilitando con ello de forma evidente la elusión de la norma y, en cualquier caso, brindando al deudor hipotecario un nivel de protección inferior.

Finalmente, tampoco constituye motivo que enerve tal conclusión el argumento invocado por el recurrente en el sentido de que para que sea obligatoria la expresión manuscrita de la advertencia es necesario el requisito adicional de que entre los posibles riesgos del contrato se encuentre el de la existencia de «eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo [que] pueden ser negativas». Sin necesidad ahora de prejuzgar si tal requisito adicional es o no



www.uclm.es/centro/cesco

imprescindible, es lo cierto que de serlo no puede salvar el obstáculo señalado en la calificación pues la atenta lectura de la estipulación debatida claramente pone de manifiesto la previsión de tal peligro financiero, según se desprende de la siguiente previsión: «Una vez formalizada la operación de cobertura o Cap, los tipos de interés pueden evolucionar de tal manera que el coste financiero soportado por el cliente (primas) sea superior a las cantidades a recibir del Banco durante la vigencia de la operación, pudiendo darse la circunstancia, por tanto, de que en determinados periodos de cálculo, e incluso en la totalidad de los mismos, el cliente haya pagado la prima, o deba hacerlo si opta por una prima periódica, sin recibir contraprestación del Banco».

6. Conclusión

Ante la disyuntiva de tener que optar por un nivel inferior o por otro superior de protección al deudor hipotecario, en relación con la interpretación y aplicación del estudiado artículo 6 de la Ley 1/2013, resulta evidente que el conjunto de las consideraciones realizadas conducen a la segunda alternativa.