

TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA CONTRATACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario*

Loreto Carmen Mate Satué

Investigadora Predoctoral
Universidad de Zaragoza

TITLE: *Transparency in the recruitment of mortgage loans. From the handwritten expression of Law 1/2013 to the mechanisms called to fulfil the same function in Law 5/2019, of real estate credit contracts.*

RESUMEN: En este trabajo se analiza el tratamiento y los problemas prácticos que ha planteado la exigencia de la expresión manuscrita en la Ley 1/2013 y se examina la regulación que de éste y otros mecanismos ha hecho la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario, así como su evolución durante la tramitación parlamentaria. Finalmente, se aborda el papel de estos requisitos como mecanismo de acreditación del control de transparencia material en los contratos de préstamos hipotecarios.

ABSTRACT: *This paper analyses the treatment and practical problems posed by the requirement of the manuscript expression in Law 1/2013 and examines the regulation that of this requirement and other mechanism has made the Law 5/2019, of real estate Credit Contracts and the evolution that its configuration has suffered during the parliamentary procedure of the Law. Finally, we also study the role of these requirements as a mechanism for accrediting the control of real transparency in mortgage contracts is addressed.*

PALABRAS CLAVE: Expresión manuscrita; préstamos hipotecarios; condiciones generales de la contratación; control de inclusión; control de transparencia, Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

KEY WORDS: *Hadwritten expression; mortgage loans; general terms and conditions of contracts; Abusive clauses incorporation control; transparency control; law of real estate credit contracts.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y CUESTIONES PRELIMINARES. 1.1. *La expresión manuscrita en la normativa española de contratación bancaria* 1.2. *El fundamento de la exigencia de la expresión manuscrita en la normativa española de contratación bancaria* 2. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN MANUSCRITA PREVISTA EN LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO. 2.1. *Supuesto de hecho para la exigibilidad de la expresión manuscrita.* 2.2. *Sujetos obligados a suscribir la expresión manuscrita* 2.2.1. *¿Está el hipotecante no deudor obligado a la suscripción de la expresión manuscrita?* 2.2.2. *La suscripción de la expresión manuscrita a través de representante.* 2.3. *Examen de la posibilidad de renunciar a la expresión manuscrita.* 2.4. *Cómo y cuándo practicar la expresión manuscrita.* 2.4.1. *El contenido de la expresión manuscrita* 2.4.2. *Ubicación de la expresión manuscrita en la escritura notarial de préstamo con garantía hipotecaria* 2.4.3 *Cuándo tiene que suscribir el prestatario la expresión manuscrita.* 3. LOS MECANISMOS

* Este trabajo se ha realizado en el marco de la ayuda concedida por el Gobierno de Aragón para la contratación de personal investigador predoctoral en formación para el periodo 2016-2020; y dentro del Grupo de Investigación de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón, LEGMIBIO.

LLAMADOS A ACREDITAR LA TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO. 3.1. *Evolución de la configuración de los mecanismos llamados a acreditar la transparencia material durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de la Ley de Contratos de Crédito* 3.2. *Los mecanismos acreditativos de la transparencia material: la manifestación del prestatario y la constatación de la comprensión del mismo por parte del notario* 3.3. *Comparación entre la expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013 y la manifestación exigida en la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario*. 4. CONCLUSIONES: LA EFICACIA DE LA EXPRESIÓN MANUSCRITA Y DE LOS MECANISMOS LLAMADOS A CUMPLIR LA MISMA FUNCIÓN EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y CUESTIONES PRELIMINARES

A través de este estudio se analizará el tratamiento y los problemas prácticos que ha planteado la exigencia de la «expresión manuscrita» en los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda en la Ley 1/2013, a través del estudio de las resoluciones dictadas por la DGRN sobre ella; para, con este antecedente, reflexionar sobre la regulación y evolución que en la tramitación parlamentaria de la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario, han sufrido los mecanismos llamados a cumplir la misma función que la «expresión manuscrita». Finalmente, se examinará la virtualidad que tienen los requisitos analizados en este trabajo como mecanismos de acreditación del control de transparencia material en los contratos de préstamo hipotecario.

1.1. *La expresión manuscrita en la normativa española de contratación bancaria*¹

El antecedente más reciente en la normativa española sobre el requisito de la expresión manuscrita en la contratación bancaria, lo encontramos en el artículo 79.7 bis párrafo tercero de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores^{2 3} (RCL 1988\1644) el cual exigía que, en los supuestos de contratación de un producto complejo, el cliente efectuara una expresión manuscrita en la que manifestara o que el

¹ Sobre los antecedentes históricos de la expresión manuscrita puede verse, ZEJALBO MARTÍN, J. «Origen histórico de la expresión manuscrita y su realidad actual», 2015. El texto está disponible en el siguiente enlace: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/origen-historico-de-la-expresion-manuscrita-y-su-realidad-actual/>, [última consulta: septiembre de 2018].

² El tenor del artículo 79.7 bis párrafo tercero de la Ley del Mercado de Valores tiene el siguiente tenor: «En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo».

³ Sobre la expresión manuscrita del artículo 79 bis de la Ley del mercado de valores, puede verse ALBIEZ DOHRMANN, K.J. Y CASTILLO PARRILLA, J.A., «La Cláusula de renuncia a la expresión manuscrita (a propósito de la RDGRN de 12 de marzo de 2015)», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, 2016, p. 241-243.

producto no le convenía o que no había sido posible evaluarlo. Esta expresión manuscrita debía efectuarse si, tras evaluar los conocimientos y experiencia del cliente, la entidad consideraba que el producto o servicio no le era adecuado o si el cliente no proporcionaba información suficiente para realizar la evaluación. En este caso la expresión manuscrita fue utilizada por el legislador como un mecanismo de advertencia que permitía al inversor tomar conciencia de la no conveniencia de celebrar el contrato.

Los términos en los que debía efectuarse esa expresión manuscrita fueron desarrollados por la Circular 3/2013 de 12 de junio de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En la actualidad, el artículo 79.7 bis de la Ley 24/1988 ha sido derogado por el Real Decreto Ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores (RCL 2017\1584).

La siguiente previsión que se advierte en la normativa española sobre la expresión manuscrita es 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 (RCL 2013\718) (en adelante, Ley 1/2013). En este precepto, la expresión manuscrita se configura como un requisito necesario para la celebración de contratos de préstamos hipotecarios, cuando los prestatarios son personas físicas. La expresión manuscrita será requerida si el préstamo hipotecario que va a suscribirse incluye limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, si el préstamo lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura de riesgo o si el préstamo se concede en una o varias divisas⁴. En esos casos, el prestatario deberá manifestar, a través de la expresión manuscrita en los términos que señale el Banco de España, que ha sido debidamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato de préstamo.

La aplicación de este requisito formal exigido por el artículo 6 de la Ley 1/2013, ha provocado numerosas dudas interpretativas por parte de notarios y registradores de la propiedad, que han sido resueltas con distinto grado de acierto por la DGRN.

⁴ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017 (TJCE 2017\171), se ha pronunciado sobre que la cláusula multdivisa forma parte del objeto principal del contrato de préstamo, de modo que al amparo de la Directiva 93\13\CEE puede considerarse abusiva, sino ha sido redactada de manera clara y comprensible.

Si bien el Centro Directivo ha abogado por la abolición de este requisito formal⁵, lo cierto es que el legislador, atendiendo los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha reconfigurado el mismo y establecido un mecanismo complejo de comprobación del cumplimiento de transparencia en los artículos 14.1 g) párrafo segundo y 15.6 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario⁶ (RCL 2019\438) (en adelante, LCCI). Este mecanismo requiere inicialmente que una vez que el prestamista haya proporcionado la documentación del préstamo al prestatario o futuro prestatario, éste efectúe una «manifestación», en la que declare haber recibido del prestamista la documentación y que se le ha explicado su contenido; con posterioridad, el notario de forma previa a autorizar la elevación a escritura pública del contrato de préstamo hipotecario, tras efectuar una serie de comprobaciones, levantará acta en la que declarará si el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

1.2. El fundamento de la exigencia de la expresión manuscrita en la normativa española de contratación bancaria

Los preámbulos de las normas anteriormente reseñadas, que incorporan la exigencia de la «expresión manuscrita» o de la «manifestación» para la contratación de determinados productos bancarios, no explicitan las razones del legislador para optar por la incorporación de este requisito previo. No obstante, el estudio de los pronunciamientos de la DGRN en la resolución de los recursos gubernativos que ha tenido que resolver en aplicación de la expresión manuscrita prevista en el artículo 6 de

⁵ La DGRN en distintas resoluciones ha manifestado respecto de la expresión manuscrita que: «[...] de *lege ferenda* el control de la transparencia debería entenderse 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» [Por todas, Resoluciones de la DGRN de 12 de marzo de 2015 (RJ 2015\1586) y de 8 de octubre de 2015 (RJ 2015\4589)].

⁶ El texto de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 65, el 16 de marzo y, está disponible en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/16/pdfs/BOE-A-2019-3814.pdf> [última consulta: marzo de 2019]. La tramitación parlamentaria de esta Ley ha modificado la regulación que de la «manifestación manuscrita» establecía el artículo 13.2 d) del Proyecto. El Proyecto de Ley puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-1.PDF [última consulta, marzo de 2019]

la Ley 1/2013, así como la opinión de algunos autores⁷, permiten sintetizar su fundamento, del siguiente modo:

a) Mecanismo de control de transparencia: La DGRN considera la expresión manuscrita como la materialización del control de transparencia. De modo que, según múltiples resoluciones de este Centro Directivo [por todas, resoluciones de 22 de enero de 2015 (RJ 2015\60249), 27 de octubre de 2015 (RJ 2015\6528), 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5690)], la no suscripción de la expresión provoca la ausencia de la transparencia de la estipulación y, por tanto, su abusividad.

b) Mecanismo acreditativo de la información proporcionada al prestatario: La DGRN configura la expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013 como la fórmula elegida por el legislador para garantizar el conocimiento de los consumidores de los riesgos que entrañan los productos bancarios que enumera el precepto, reforzando así la prueba de comprensión del deudor [Por todas, Resoluciones de la DGRN de 22 de enero de 2015 (RJ 2015\6024) y de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014\1178)].

El Preámbulo de la LCCI, aunque no se refiere explícitamente a la expresión manuscrita reconoce que la regulación que hace la Ley de la fase precontractual, permite entre otras cuestiones: «[...] constituir prueba en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario- de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, de conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga»⁸.

No obstante, el propio Centro Directivo tiene establecido [cfr. Resolución de 22 de enero de 2015 (RJ 2015\6024)] que el control exigido por la Orden EHA\2899\2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, referido a la intervención notarial en la formalización de los préstamos hipotecarios, es independiente de la exigencia del consentimiento establecida en el artículo 6 de la Ley 1/2013.

⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J. Y CASTILLO PARRILLA, J.A., «Las RRDGRN de 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 abogan (de nuevo) por una interpretación extensiva o *pro-consumatore* en relación con la exigibilidad de la expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo» en *Revista La Ley*, nº 174, 2016, p. 4.

⁸ En mi opinión, este requisito formal en contra de lo señalado en el Preámbulo, sólo favorece al prestamista, por constituir una prueba que le beneficiará ante una eventual reclamación bancaria en detrimento, de la posición del prestatario.

c) Mecanismo para evitar la suscripción de condiciones sorpresivas o disimuladas⁹: El Centro Directivo finalmente también considera que el precepto pretende evitar sorpresas al deudor en la ejecución del contrato de préstamo [cfr. Resolución de la DGRN de fecha 29 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5500)].

Sin embargo, con la aprobación de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario parece que esa función de aviso o prevención respecto a cláusulas sorpresivas y disimuladas se efectúa mediante la Ficha de Advertencias Estandarizadas (en adelante, FiAE) regulada en el artículo 14.1 b) de la LCCI y en la que: «se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera».

2. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN MANUSCRITA PREVISTA EN LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO

2.1. *Supuesto de hecho para la exigibilidad de la expresión manuscrita*

La exigibilidad de la expresión manuscrita al amparo del artículo 6 de la Ley 1/2013¹⁰ requiere la confluencia de los siguientes requisitos:

A) Tiene que tratarse de un préstamo con garantía hipotecaria.

B) La finca hipotecada tiene que tener la condición de vivienda, aunque no tiene que tratarse de la vivienda habitual del prestatario. La DGRN ha determinado que la expresión manuscrita se aplica a todos los préstamos que tengan como garantía hipotecaria una vivienda [cfr. Resolución de la DGRN de fecha 5 de febrero de 2014 (RJ 2014\1178)].

⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J. Y CASTILLO PARRILLA, J.A., «Las RRDGRN ...» *cit.*, 2016, p.4. mantienen que, en la exigencia de la expresión manuscrita, subyace la voluntad de disuadir a las entidades bancarias del uso de este tipo de cláusulas en los préstamos hipotecarios al amparo de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 (RJ 2013\3088); por lo que una forma de conseguir ese fin, sería llamando la atención de los prestatarios sobre determinados aspectos en el momento de la suscripción del préstamo.

¹⁰ La Disposición Derogatoria de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario deroga expresamente el artículo 6 de la Ley 1/2013 y, por tanto, la exigencia de la «manifestación manuscrita» en los términos de este apartado. La entrada en vigor de esta Ley se producirá a los tres meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (cfr. Disposición Final decimosexta de la LCCI).

C) La concurrencia de alguna de las condiciones previstas en el apartado segundo del artículo 6 de la Ley 1/2013. Para que sea preciso suscribir la expresión manuscrita, el préstamo hipotecario que pretende contratarse debe contener limitaciones a la variabilidad del tipo de interés¹¹ [supuesto a) del artículo 6.2 de la Ley 1/2013], conllevar la contratación de algún instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [supuesto b) del artículo 6.2 de la Ley 1/2013] o tratarse de una hipoteca en «divisa» o en «multidivisa» [supuesto c) del artículo 6.2 de la Ley 1/2013].

2.2. Sujetos obligados a suscribir la expresión manuscrita

Según el tenor del artículo 6 de la Ley 1/2013, corresponde la suscripción de la expresión manuscrita a los prestatarios, personas físicas, en los casos 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.

Al margen de los prestatarios, la DGRN se ha tenido que pronunciar sobre si los hipotecantes no deudores deben suscribir igualmente la referida expresión manuscrita o si la misma puede efectuarse a través de representantes del prestatario.

2.2.1. ¿Está el hipotecante no deudor obligado a la suscripción de la expresión manuscrita?

La resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5500) exige que los hipotecantes no deudores suscriban la referida expresión manuscrita, lo cual ha sido interpretado críticamente¹², como una extensión del ámbito subjetivo de exigibilidad del referido requisito formal.

¹¹ Aunque excede del objeto del presente trabajo, el Centro Directivo ha determinado que procede la exigencia de la expresión manuscrita cuando el préstamo hipotecario a suscribir incluye una «cláusula cero», si bien entiende la DGRN que estas estipulaciones no son propiamente «cláusulas suelo», sí que las consideran asimilables, puesto que ambas limitan de alguna forma la variabilidad de los intereses; en el caso de las «cláusulas cero», al excluir el devengo de intereses cuando estos puedan resultar negativos.

La DGRN considera que la similitud de ambas estipulaciones se justifica por el propio tenor del artículo 6.2 a) de la Ley 1/2013 que se refiere a: «limitaciones a la variabilidad del tipo de interés» y que dicho argumento resulta reforzado tras la aprobación del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, al aplicarse el mismo a estipulaciones que: «limiten a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato». [Por todas, Resoluciones de la DGRN de 8 de octubre de 2015 (RJ 2015\4589) y 19 de mayo de 2017 (RJ 2017\2516)].

Sobre la «cláusula cero» puede verse, DOMÍNGUEZ ROMERO, J. «Inaplicación del tipo de interés negativo: La cláusula cero en préstamos hipotecarios» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, nº 1.

¹² Entre otros puede destacarse la opinión de LLOPIS BENLLOCH, J.C. «La expresión manuscrita en los préstamos hipotecarios es exigible al hipotecante no deudor según la DGRN», 2014. El texto está

No obstante, un estudio pormenorizado de la resolución permitiría sostener que dicho pronunciamiento no supone una extensión generalizada de esta formalidad, puesto que en algo más de los cinco años que lleva en vigor la norma, el Centro Directivo sólo se ha pronunciado en este sentido en esta resolución que se está analizando y, las especiales circunstancias que concurren en este caso, podrían explicar el sentido del pronunciamiento de la Dirección General sin permitir considerarlo extensivo a otros supuestos.

La situación fáctica que motiva el pronunciamiento en este sentido, es la siguiente: la prestataria es una persona jurídica y son hipotecantes no deudores un matrimonio casado en régimen de sociedad de gananciales, que garantizan el préstamo con una hipoteca sobre su vivienda habitual. En la escritura del contrato de préstamo hipotecario se incluyó una cláusula –la séptima- por la que se imponía a los hipotecantes no deudores una responsabilidad personal, ilimitada y solidaria, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la suscripción del contrato hipotecario.

Con base en lo anterior –y bajo la opinión de quien suscribe, a la vista de las anteriores circunstancias-, el Centro Directivo entiende que el matrimonio casado en régimen de sociedad de gananciales debe suscribir como mecanismo de protección la expresión manuscrita prevista en el artículo 6 de la Ley 1/2013.

La DGRN parte de la premisa de que la Ley 1/2013, no prevé literalmente la exigencia de la expresión manuscrita para los hipotecantes no deudores pero, califica esta lectura apegada al texto de la norma, de insatisfactoria. En contraposición, entiende que debe efectuar una interpretación *pro consumatore* para favorecer la información y, con ello, la protección del usuario de servicios financieros y ello porque los hipotecantes no deudores, a la vista del contenido de la cláusula séptima de la escritura de hipoteca, tienen la consideración de deudores, al imponerles una responsabilidad personal e ilimitada, separándoles de la responsabilidad estrictamente limitada al bien garantizado.

Por los argumentos esgrimidos, deberemos esperar a futuras Resoluciones del Centro Directivo para concluir si efectivamente estamos ante una ampliación del ámbito subjetivo de exigencia de la expresión manuscrita o si, por el contrario, es un pronunciamiento aislado consecuencia de las excepcionales circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho que ha motivado la resolución.

disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/166/73/la-expresion-manuscrita-en-los-prestamos-hipotecarios-es-exigible-al-hipotecante-no-deudor-segun-la-dgrn> [última consulta: septiembre de 2018].

2.2.2. La suscripción de la expresión manuscrita a través de representante

Otra de las cuestiones relacionadas con la expresión manuscrita y que ha exigido el pronunciamiento del Centro Directivo en su resolución de 22 de enero de 2015 (RJ 2015\6024), puesto que la previsión legal no proporciona respuesta, es si resulta posible suscribir la expresión manuscrita a través de un representante¹³.

El debate que subyace a la cuestión planteada es si la expresión manuscrita constituye una manifestación de carácter personal que debe realizarse de forma expresa por todos y cada uno de los prestatarios, o si por el contrario, en el otorgamiento del poder para concertar un préstamo hipotecario, puede entenderse comprendida entre sus facultades, la de redacción en nombre del representado de la expresión manuscrita.

En la Resolución analizada, el Centro Directivo determina que la comprensión del contenido y consecuencias de la cláusula por parte del prestatario, depende de la capacidad personal de cada individuo, siendo por tanto diferente en cada uno de ellos y dependiente de distintos factores que afectan a cada persona; de tal forma que, sólo podrá ser cada interesado quien personalmente, declare sobre su propio grado de comprensión. La Dirección General incide en el carácter personal de la expresión manuscrita, bajo el siguiente razonamiento: «esta condición personal de tal declaración viene reforzada por la exigibilidad de manuscrito, por lo que no puede inferirse que sea posible su emisión por representante, fuera, obviamente de los casos de representación legal en los que precisamente se suple la falta de capacidad del representado».

De este modo, la DGRN inicialmente, no reconoce como regla general, la posibilidad de suscribir por poder la referida expresión manuscrita, salvo en los supuestos de representación legal. Sin embargo, matiza esta postura al señalar que podría admitirse la posibilidad de suscribir la expresión por representación cuando el propio poder otorgue un mandato expreso autorizando a la contratación de una hipoteca aun cuando contuviera alguna de las estipulaciones a las que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, cuyo alcance, debería admitir conocer y comprender el poderdante para que de este modo no se eluda indirectamente, el requisito legal de la manifestación manuscrita.

¹³ El supuesto de hecho que dio lugar al pronunciamiento del Centro Directivo es un matrimonio con régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, en el que la esposa actuando en su propio nombre y derecho y en representación de su esposo, en escritura de poder especial otorgada, hipotecan una vivienda unifamiliar. El préstamo de la entidad bancaria tiene incurso una cláusula suelo, y la esposa efectúa la correspondiente expresión manuscrita exclusivamente en su nombre.

2.3. Examen de la posibilidad de renunciar a la expresión manuscrita¹⁴

La DGRN ha tenido que pronunciarse en su Resolución de 12 de marzo de 2015 (RJ 2015\1586), sobre si el prestatario, tras haber sido informado pertinentemente de las limitaciones del interés variable que presenta su préstamo hipotecario – «cláusula suelo» y «cláusula techo»- puede renunciar a redactar el texto manuscrito por considerarse adecuado y suficientemente informado dada su formación y capacidad.

El Centro Directivo entiende que si bien los requisitos de información previstos en la normativa sectorial vigente (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre) y la legislación notarial deben ser, «prima facie», suficientes para que el prestatario pueda conocer los riesgos que asume con la contratación de determinados productos financieros, lo cierto es que la literalidad del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, de rango superior y posterior a la Orden EHA/2899/2011, se manifiesta en términos imperativos, «se exigirá» dice el precepto, por lo que esta Dirección General no puede permitir la renuncia contraria a una norma imperativa.

La resolución de la Dirección General basa la argumentación para la desestimación del Recurso interpuesto en la imperatividad del requisito formal previsto en la Ley 1/2013, y en la consideración de que la exigencia de esa formalidad imposibilita la renuncia a dejar constancia manuscrita de la limitación del interés variable del préstamo. No obstante, es la doctrina más cualificada la que da razones que justifican la irrenunciabilidad de la suscripción del manuscrito. En este sentido, ALBIEZ y CASTILLO¹⁵ consideran que si bien en la esfera patrimonial se suele dar una amplia libertad a los ciudadanos, siendo los derechos en su mayoría de carácter disponible, hay un sector del ordenamiento jurídico patrimonial en el que se han elevado a las cotas más altas la irrenunciabilidad de los derechos, esto es, el Derecho de consumo. Según estos autores, el artículo 6.1 de la Ley 1/2013 no tiene la consideración de norma administrativa –como puede ser la OM EHA/2899/2011- sino que es una norma sustantiva de carácter imperativo. Por ello, la consecuencia jurídica de la renuncia, es la nulidad por ser contraria a norma imperativa, con amparo en el artículo 6.3 del Código

¹⁴ Esta cuestión es resuelta expresamente en la Ley de Crédito Inmobiliario, puesto que el artículo 3 de la misma determina que: «Las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario. Serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor».

¹⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J. Y CASTILLO PARRILLA, J.A., «La cláusula ...», *cit.*, 2016, p. 249.

Civil, en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y también podría tener anclaje en el artículo 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

La renuncia sobre la que se pronuncia el Centro Directivo en su resolución de 12 de marzo de 2015 (RJ 2015\1586) no es una renuncia simple sino justificada¹⁶ y según los referidos autores, no admite excepciones o atenuaciones, debiendo ser la consecuencia a efectos registrales la suspensión de la inscripción hasta que se haya cumplimentado el defecto formal.

Esta postura del Centro Directivo avalada por la mencionada Doctrina encuentra también su base argumentativa a juicio de quien suscribe, en el hecho de que si, por un lado, se está limitando el papel del fedatario público al entender que el formalismo idóneo elegido por el legislador para garantizar el conocimiento de los consumidores respecto de los riesgos que entrañan los productos bancarios que enumera el artículo 6 de la Ley 1/2013, es la expresión manuscrita, no debe confiarse al criterio del notario la responsabilidad de determinar si el consumidor comprende los riesgos y alcance de las consecuencias que tiene la contratación de esos productos financieros.

2.4. *Cómo y cuándo practicar la expresión manuscrita*

2.4.1. El contenido de la expresión manuscrita

El artículo 6.1 de la Ley 1/2013 determina que la expresión manuscrita se efectuará en los términos que disponga el Banco de España. Durante el periodo temporal en el que el artículo estuvo en vigor y el Banco de España no aprobó el texto que configuraría la expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013, la DGRN consideró que correspondía a los notarios el señalar los términos en los que se debía efectuar la expresión manuscrita [Cfr. Resolución DGRN de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014\1178)].

El Banco de España aprobó el texto que tendría que ser objeto de transcripción por los prestatarios dentro del Anejo IX de la «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario»¹⁷. Dicha opción ha sido criticada por la doctrina¹⁸ al entender que, habría resultado más

¹⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J. Y CASTILLO PARRILLA, J.A., «La cláusula ...», *cit.*, 2016, p. 250-252.

¹⁷ Puede accederse al contenido de la Guía, a través del siguiente enlace: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf [última visita: septiembre de 2018].

¹⁸ Véase ZURITA MARTÍN, I., *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*, 2014, p. 80.

adecuado que el Banco de España hubiera hecho uso de su potestad reglamentaria externa y hubiera plasmado el texto de la expresión manuscrita mediante una Circular y no a través de una Guía.

La redacción que el Banco de España ha dado a la expresión manuscrita (cfr. Anejo IX de la «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario»), es la siguiente:

«Soy conecedor de que mi préstamo hipotecario:

- (i) establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] 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];
- b) las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas, y
- c) 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]».

2.4.2. Ubicación de la expresión manuscrita en la escritura notarial de préstamo con garantía hipotecaria

Otro de los aspectos que es preciso abordar en este punto es el lugar físico dentro de la escritura notarial y en qué documentos notariales, debe constar la expresión manuscrita. El artículo 6.1 de la Ley 1/2013 determina que la expresión manuscrita constará en la escritura pública junto a la firma del cliente. No obstante, los trámites burocráticos para la inscripción de la escritura notarial del contrato de préstamo hipotecario han hecho que la DGRN se haya pronunciado sobre los documentos notariales en los que debe constar la expresión manuscrita¹⁹.

¹⁹ La cuestión que suscita la resolución de la DGRN, de 19 de mayo de 2017 (RJ 2017\2516) es la suspensión de la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario por la registradora de la propiedad sobre la base de que en la comunicación que se había hecho al Registro por parte de la notario autorizante, no constaba la expresión manuscrita y, al incluir la escritura una cláusula financiera limitativa de intereses negativos, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1/2013, procedía la exigencia de este requisito formal.

La Notaria reconoce que en la comunicación telemática al Registro envió una copia parcial de la escritura, posibilidad ésta reconocida en el artículo 221 del Reglamento Notarial y posteriormente se

Así, la cuestión que subyace es si, en las copias que se realicen de la escritura, tiene que constar la expresión manuscrita para que el registrador pueda corroborar su concurrencia, o es suficiente con el testimonio del notario incluido en la copia, de que efectivamente el prestatario suscribió la expresión manuscrita.

La Resolución de la DGRN de 19 de mayo de 2017 (RJ 2017\2516) se decanta por la primera de las posibilidades al entender que, la manifestación manuscrita deberá incorporarse físicamente a las copias que se expidan de la escritura de préstamo hipotecario del mismo modo que se exige la incorporación de la Ficha de Información Personalizada o del certificado de tasación a efectos de subasta. Porque, de otro modo, el registrador de la propiedad no puede realizar las comprobaciones pertinentes. Así, es necesario que la expresión manuscrita se protocolice en la correspondiente escritura y se incorpore posteriormente a todas las copias que de la misma se expidan.

La notario recurrente FERNÁNDEZ MALDONADO²⁰ critica la resolución de la DGRN al considerar que esta exigencia no encuentra acomodo en la normativa sectorial notarial e incluso podría ir en contra de la fe pública registral²¹, al dejarla vacua de contenido en cuanto se exige al registrador que corrobore sobre lo que el notario ha dado fe pública; razonamiento que suscribo.

2.4.3. Cuándo tiene que suscribir el prestatario la expresión manuscrita

Del tenor del artículo 6 se desprende que la expresión manuscrita a la que se refiere la Ley 1/2013 se produce en el momento de suscripción de la escritura notarial del préstamo hipotecario. Sin embargo, voces críticas sobre la actual regulación de la expresión manuscrita abogan por anticipar este requisito legal a una fase precontractual, puesto que tal y como pone de relieve MARTÍNEZ ESCRIBANO²²: «parece difícil que el prestatario se replantee la firma del contrato ante el notario actuante, de manera que prestará el consentimiento sin una adecuada reflexión sobre las condiciones del mismo».

remitió al Registro, físicamente un testimonio de la existencia de la copia manuscrita, que ni la notario interviniente, ni posteriormente la DGRN, consideran válida.

²⁰ FERNÁNDEZ MALDONADO, M.A. *¿Necesita defensa la fe pública registral? (a propósito de la expresión manuscrita en préstamos hipotecarios)*, 2017, disponible online: en el siguiente enlace: <https://www.notariabierta.es/manuscrita-hipoteca-fe-publica-notarial/> [última visita: septiembre de 2018]

²¹ Sobre que la expresión manuscrita puede atentar contra la fe pública registral, es una cuestión que también ha advertido QUESADA SÁNCHEZ, A.J. «La expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo: inquietudes sobre una regulación polémica» en *Derecho de Contratos: Nuevos escenarios y Nuevas Propuestas*, 2016, p. 482.

²² MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 126, p. 290.

3. LOS MECANISMOS LLAMADOS A ACREDITAR LA TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

3.1. *Evolución de la configuración de los mecanismos llamados a acreditar la transparencia material durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de la Ley de Contratos de Crédito*

En el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante, PLCCI) se regulaba la «manifestación manuscrita» en el artículo 13.2 d) del PLCCI de modo similar a la «expresión manuscrita» en los términos de la Ley 1/2013, ya que exigía que el prestatario (y, en su caso, el fiador o garante) declarara la recepción de los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprendía y aceptaba los riesgos jurídicos y económicos de la operación. La principal diferencia entre la «manifestación manuscrita» del PLCCI y la «expresión manuscrita» de la Ley 1/2013, es que en el Proyecto, la declaración de comprensión que debía hacer el prestatario no se circunscribía a unas concretas cláusulas del préstamo sino a todas las que componían el contrato.

Tras la tramitación parlamentaria del PLCCI, la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario regula dos mecanismos no simultáneos llamados a cumplir la misma función de control de transparencia material que la «expresión manuscrita», aunque a mi modo de ver con mayor acierto atendido el grado de eficacia que en este sentido pueden llegar a tener. El primero de ellos, regulado en el artículo 14.1 g) párrafo segundo de la LCCI exige que *ante el prestamista*, el prestatario suscriba una «manifestación», en la que declare haber recibido del mismo la documentación enumerada en el artículo 14 de la LCCI y que éste le ha explicado su contenido²³. El segundo de ellos, en *sede notarial* y previo a la autorización de la escritura pública del préstamo (artículo 15.3 de la LCCI), consistente en que el prestatario deberá responder a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada [artículo 15.2 c) de la LCCI] y tras el mismo y otra serie de comprobaciones formales descritas en el artículo 15 de la LCCI, el notario elevará acta la cual -a tenor de lo dispuesto en el apartado seis del artículo 15 de la LCCI- se presumirá veraz e íntegra y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su

²³ El apartado segundo del artículo 14 del LCCI dispone que: «[...] en particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y transcendencia práctica de los documentos entregados».

vertiente material. Es decir, el notario a través del acta previa a la autorización de la escritura notarial dará fe de la comprensión del contrato por parte del prestatario.

A la vista de lo anterior, entre el texto del Proyecto de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (PLCCI) y el finalmente aprobado (LCCI) pueden destacarse las siguientes similitudes y diferencias:

A) En ambos textos se exige una manifestación de voluntad del prestatario para acreditar que el mismo (y, en su caso, el fiador y el garante del préstamo) recibe del prestamista la documentación precontractual exigida en el precepto.

B) La denominación y formalización de este requisito es diferente en ambos textos. En el Proyecto se alude a «manifestación manuscrita y firmada» y, en el texto definitivo a «manifestación firmada por el prestatario». La supresión de la referencia a que la manifestación sea manuscrita supone que legalmente no se exige que se realice de forma ológrafa, así que habrá que esperar a la entrada en vigor de la Ley para ver cómo se materializa en la práctica este requisito puesto que la única mención que efectúa la norma a este respecto, es que esta «manifestación» junto con la documentación debe remitirse al notario por el prestamista, telemáticamente [cfr. artículo 14.1 g) párrafo segundo].

C) El contenido de lo declarado en la manifestación también ha sido objeto de modificación en la tramitación parlamentaria, en ambos textos el prestatario debe declarar que ha recibido la documentación exigida por la norma, pero si bien en el Proyecto el prestatario debía declarar además, en ese mismo acto, que: «comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación» en el texto finalmente aprobado, la valoración de la comprensión del prestatario de las cláusulas contenidas en el préstamo la efectúa no el propio prestatario, sino el notario mediante un acta notarial, después de que el prestatario en su presencia realice un test cuyo objeto es concretar la documentación entregada y la información suministrada.

Por tanto, la LCCI reduce el alcance de la «manifestación» del prestatario (y, en su caso, el fiador y el garante del préstamo) a la mera recepción de la documentación y a la obtención de información por parte del prestamista sobre el contenido de la documentación (transparencia formal), correspondiendo al notario la valoración y declaración de que el prestatario comprende el contenido de los documentos que se le

han proporcionado²⁴, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

D) El momento de suscripción de la manifestación es otra de las diferencias, el PLCCI preveía que esa manifestación manuscrita y firmada debía ser incorporada por el notario al acta previa a la formalización del préstamo hipotecario [cfr. artículo 13.2 d) del PLCCI], por lo que parecía que la misma se debía efectuar en presencia notarial como así ha venido efectuándose la «expresión manuscrita» al amparo de la Ley 1/2013, mientras que en la LCCI, la manifestación firmada por el prestatario en la fase en la que está negociando con el prestamista debe remitirse al notario junto con la documentación a la que hace referencia el precepto [cfr. artículo 14.1 g) párrafo segundo de la LCCI], por lo que la LCCI anticipa su exigencia y la misma se suscribirá ante la propia entidad prestamista y no ante el Fedatario Público.

3.2. Los mecanismos acreditativos de la transparencia material: la manifestación del prestatario y la constatación de la comprensión del mismo por parte del notario

La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario como se ha enunciado anteriormente establece un doble mecanismo destinado a la comprobación de la transparencia material en los préstamos con garantía hipotecaria. Para que resulte de aplicación este mecanismo, el prestatario, fiador o garante tiene que ser una persona física y la garantía hipotecaria (u otro derecho real de garantía) es preciso que recaiga sobre un inmueble de uso residencial, o el préstamo debe tener como finalidad la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LCCI.

El cumplimiento del principio de transparencia en la LCCI requiere por un lado, al amparo del artículo 14.1 g) párrafo segundo de la LCCI, que el prestatario efectúe una «manifestación» en la que declare haber recibido del prestamista la documentación enumerada en el artículo 14 y que se le ha explicado el contenido de la misma, debiendo el prestamista remitir al notario telemáticamente la documentación aportada y la «manifestación» del prestatario, fiador o garante del préstamo (cfr. artículo 15.4 de la LCCI), en los términos expuestos. Por otro lado, que el notario compruebe, si el prestatario ha comprendido y aceptado los documentos proporcionados por el prestamista, tras efectuar un test destinado a la concreción de la documentación e información suministrada [cfr. artículos 15. 2 c) y 15.6 de la LCCI]. El notario deberá

²⁴ Obsérvese que el test al que hace referencia el artículo 15.2 c) de la LCCI no abarca la comprensión del contenido del contrato.

levantar acta en la que deje constancia de la comprensión y aceptación por parte del prestatario del contenido de los documentos proporcionados por el prestamista.

3.3. Comparación entre la expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013 y la manifestación exigida en la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario²⁵

En el presente trabajo se ha anticipado que el legislador ha reconfigurado la exigencia de la «expresión manuscrita» de la Ley 1/2013 en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario atendiendo a los pronunciamientos de la DGRN por los que se han resuelto distintos recursos gubernativos en relación a las dudas interpretativas que han surgido respecto a este requisito formal.

A continuación, se va a incidir en el distinto tratamiento que tiene la «manifestación» en la LCCI y la «expresión manuscrita» en el artículo 6 de la Ley 1/2013:

A) Los supuestos en los que se exige la suscripción de este requisito formal: El artículo 6 de la Ley 1/2013 exigía exclusivamente la «expresión manuscrita» cuando el préstamo hipotecario incluyera alguna estipulación que supusiera una limitación a la variabilidad del tipo de interés [artículo 6.2 a)], conllevara la contratación de algún instrumento de cobertura de riesgo [artículo 6.2 b)] o se concediera en una o varias divisas [artículo 6.2 c)]. En cambio, la LCCI exige la «manifestación» en todo préstamo hipotecario siempre que el prestatario, fiador o garante, sea una persona física y el contrato de préstamo cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 2 de la LCCI.

B) Los sujetos obligados a la suscripción de la declaración: Si bien la literalidad del artículo 6 de la Ley 1/2013 sólo exige la suscripción de la expresión manuscrita al prestatario, se ha advertido *ut supra*, que la DGRN en su resolución de 29 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5500) ha exigido también dicho requisito formal al hipotecante no deudor. Pues bien, la LCCI parece requerir la «manifestación» no sólo a los prestatarios, sino también a los fiadores y garantes por tratarse de una previsión proteccionista (cfr. artículo 15.4 de la LCCI).

C) El contenido de lo declarado: En este apartado se van a tratar dos aspectos relativos al contenido de lo declarado, por un lado, el tenor que tiene que tener la declaración y, por otro lado, el relativo a qué es lo que el prestatario declara conocer. El artículo 6 de

²⁵ Sobre las novedades que incorpora la Ley de los Contratos de Crédito Inmobiliario puede verse: AGÜERO ORTIZ, A. «Principales medidas introducidas por la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario» en Revista CESCO, 2019, enlace disponible:http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Principales_medidas_introducidas_por_la_Ley_Reguladora_de_los_Contratos_de_Credito_Inmobiliario.pdf [última visita: marzo 2019].

la Ley 1/2013 remite en cuanto al tenor de la «expresión manuscrita» al Banco de España y éste en el Anejo IX de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario determina que el prestatario tiene que suscribir que es conocedor de que su préstamo incluye alguna de las cláusulas que determina el artículo 6 y, por otro lado, transcribir la consecuencia práctica que genera la cláusula.

En contraposición, la LCCI no remite a ningún organismo público para que establezca el contenido de la «manifestación», de modo que cuando entre en vigor la Ley se tendrá que valorar la redacción que se le da a la misma para cumplir con su finalidad. Por otro lado, la tramitación parlamentaria de la expresión manuscrita ha modificado su contenido, en la redacción inicial, según el artículo 13.2 d) del PLCCI el prestatario debía declarar que había recibido la documentación precontractual que exige el Proyecto con una antelación mínima de siete días y, que comprendía y aceptaba su contenido y que entendía los riesgos jurídicos y económicos de la operación²⁶. Tras la tramitación parlamentaria, su contenido y virtualidad se ha visto reducido puesto que el alcance de la «manifestación» pasa a ser una declaración del cumplimiento formal de las obligaciones de información precontractual del prestamista.

En principio parece que la configuración que hace la LCCI de la «manifestación» rebaja su virtualidad en cuanto mecanismo que acredita la transparencia material del préstamo, puesto que la misma deja de constituir una declaración de conocimiento y comprensión para configurarse como una declaración de cumplimiento de la obligación del prestamista de información sobre la documentación precontractual proporcionada. Además el hecho de no estar referida a unas concretas cláusulas sino a todo el contenido del contrato podría suponer también una merma de su eficacia. No obstante, la LCCI complementa la «manifestación» en los términos expuestos, con la atribución al Fedatario Público de la acreditación y valoración de esa comprensión sobre las cláusulas y la documentación proporcionada a la parte prestataria, otorgándole además, fórmulas como el test al que alude el artículo 15.2 c) de la LCCI para comprobar esa comprensión real de la operación mercantil.

D) El momento en el que se efectúa la declaración: En el apartado 2.4.3 del presente trabajo se ha puesto de manifiesto lo inadecuado de que suscripción de la «expresión

²⁶ De este modo, a través de la «manifestación manuscrita» [artículo 13.2 d) del PLCCI] se pretendía acreditar nuevamente mediante una declaración del prestatario la transparencia material del préstamo aunque la configuración que de ella hacía el PLCCI resultaba menos idónea para esa finalidad, que la «expresión manuscrita» prevista en el artículo 6 de la Ley 1/2013, porque en vez de circunscribirse la declaración de comprensión a las cláusulas complejas del contrato de préstamo, preveía que el prestatario efectuara una declaración genérica y global de comprensión de los riesgos jurídicos y económicos de la operación.

manuscrita» conforme al artículo 6 de la Ley 1/2013 se realizara ante notario, en el momento de suscripción del préstamo hipotecario. Por ello, el artículo 14.1 g) de la LCCI anticipa la exigencia de dicho requisito al momento en que el prestamista remite al notario la documentación relativa a la operación préstamo.

Estos cuatro aspectos que se han reseñado comparativamente permiten inferir que el legislador a través de la LCCI ha intentado subsanar algunos problemas prácticos que la DGRN había evidenciado en la resolución de los recursos gubernativos planteados respecto a la «expresión manuscrita». No obstante, la principal novedad es que el legislador ha reconfigurado la naturaleza de la exigencia de la «manifestación» ya no como una declaración de comprensión sino de reconocimiento del cumplimiento de las obligaciones formales de información precontractual del prestamista y, atribuye al notario la función de acreditar y valorar la comprensión sobre las cláusulas y la documentación proporcionada a la parte prestataria.

4. CONCLUSIONES: LA EFICACIA DE LA EXPRESIÓN MANUSCRITA Y DE LOS MECANISMOS LLAMADOS A CUMPLIR LA MISMA FUNCIÓN EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Actualmente, el panorama judicial español se encuentra en la encrucijada de tener que resolver masivamente demandas planteadas por prestatarios-consumidores que reclaman la nulidad de distintas estipulaciones que se encuentran incorporadas en las escrituras de sus préstamos con garantía hipotecaria: bien por razón de su contenido, al entender que generan un desequilibrio importante en detrimento de los derechos y obligaciones de los consumidores que han suscrito el contrato, ex artículos 82 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 (RCL 2007\2164) (en adelante, TRLGDCU) como sucede respecto a las estipulaciones de «gastos hipotecarios»²⁷ o por no superar el control de transparencia material, como acontece en ocasiones, respecto de las denominadas «cláusulas suelo»²⁸.

²⁷ El Tribunal Supremo (Sala 1ª), en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5714) determina que las cláusulas de gastos hipotecarios son abusivas por contravenir las letras a)-c) del artículo 89.3 del TRLGDCU. En sus resoluciones 15 de marzo de 2018 (JUR 2018\75234) y (JUR 2018\75235), la Sala 1ª matiza que las cláusulas son abusivas por aplicación analógica del referido precepto. Por último, las Sentencias de 23 de enero de 2019 (RJ 2019\114), (RJ 2019\93), (RJ 2019\92), (RJ 2019\91), no inciden sobre el fundamento de la nulidad de la cláusula, pero determinan el criterio de la Sala en torno a la distribución adecuada de los gastos entre las entidades prestamistas y los prestatarios.

²⁸ Sobre el control de transparencia y las denominadas «cláusulas suelo», puede verse ALONSO PÉREZ, M.T. «Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados (en particular, su

Esta situación ha hecho que el legislador plantee previsiones jurídicas destinadas a facilitar que los prestatarios-consumidores puedan conocer la carga económica y jurídica de las estipulaciones contenidas en los préstamos hipotecarios, es decir, que estas cláusulas superen el control de transparencia material configurado jurisprudencial y doctrinalmente al amparo del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y en la que ha tenido especial relevancia las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013\3088) y 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5714).

La «expresión manuscrita» como medida incorporada por la Ley 1/2013, se sitúa dentro de las opciones determinadas por el legislador para facilitar el conocimiento real de las cláusulas contenidas en los contratos de préstamos hipotecarios, por cuanto el prestatario a través de una manifestación personal e individual declara conocer y comprender específicamente, determinados aspectos que se incluyen en el contrato a suscribir²⁹. Sin embargo, si bien la LCCI ha mantenido esta exigencia formal denominándola «manifestación», lo cierto es que ha modificado sustancialmente su contenido y transcendencia, al configurarla como un requisito que acredita el cumplimiento por parte del prestamista de sus obligaciones formales de información precontractual y, desplaza al notario, la función de acreditar y valorar la comprensión de las condiciones del préstamo por parte del prestatario.

A renglón seguido, procede valorar la incidencia que tienen estos mecanismos de control de la transparencia material del contrato en los intereses de cada una de las partes intervinientes en el mismo.

La entidad prestamista es la principal beneficiaria de la exigencia de suscripción de esta declaración puesto que permite *a priori*, dotarle de una prueba con la que defenderse de posibles reclamaciones judiciales interpuestas por los prestatarios.

En este sentido, si lo que ha suscrito el prestatario es una «expresión manuscrita» de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1/2013, esta declaración disuadirá a los eventuales prestatarios reclamantes de interponer demandas de nulidad basadas en la falta de comprensión real de las estipulaciones complejas para las que está prevista su suscripción. Ello es así porque si el Juez debe valorar esta prueba es difícil que no le otorgue validez, ya que aunque se trata de un texto predeterminado, su redacción es clara y constituye un reconocimiento explícito del prestatario en el que admite conocer

posible carácter abusivo», en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, 2014, p. 160-162 y SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. «Cláusula suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs buena fe», en *Revista de Derecho Civil*, volumen III, nº 4, 2016, p. 88-90.

²⁹ Sobre esta cuestión puede verse ALBIEZ DOHRMANN, K.J. Y CASTILLO PARRILLA, J.A., «La Cláusula ...» *cit.* 2016, p. 244.

las estipulaciones que conforman el préstamo hipotecario y las consecuencias que conllevan.

Cuando entre en vigor la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, la «manifestación» que suscriba el prestatario (y, en su caso, el fiador o garante del préstamo) nuevamente constituirá prueba a favor del prestamista, pero en este caso no de conocimiento y comprensión de las cláusulas del préstamo sino de reconocimiento por el prestatario del cumplimiento por parte del prestamista de sus obligaciones formales de información precontractual. En contraposición, esa valoración de la transparencia material del préstamo corresponderá al notario quien deberá dar fe de la comprensión y aceptación de las cláusulas del contrato y del contenido de los documentos proporcionados al prestatario, de conformidad con el artículo 15.6 de la LCCI³⁰. De modo que, la aseveración que efectúe el notario autorizante en relación a la comprensión del prestatario constituye una presunción reforzada puesto que reviste especial relevancia de certidumbre.

La exhaustiva regulación que hace el artículo 15 de la LCCI sobre las cuestiones que deben ser objeto de comprobación por los notarios para dar cumplimiento al principio de transparencia material hace que en el futuro las reclamaciones judiciales de los prestatarios fundadas en la no comprensión del alcance económico y jurídico de las cláusulas insertas en contratos de préstamo hipotecario, tengan escaso recorrido. Ello es así porque en el acta previa el notario deberá hacer mención, entre otros aspectos: de las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario [artículo 15.2 b) de la LCCI] o del asesoramiento que ha prestado en relación a las cláusulas insertas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizada (FiAE) [artículo 15.2 c) de la LCCI]. De modo que resultará difícil que el prestatario pueda llegar a demostrar su desconocimiento sobre el alcance de los documentos proporcionados y de las cláusulas del contrato.

Por tanto, en mi opinión, la configuración que se ha hecho de este requisito con las puntualizaciones efectuadas en cuanto a la trascendencia de la misma dependiendo de si es «expresión manuscrita» al amparo del artículo 6 de la Ley 1/2013 o «manifestación» vinculada al acta notarial según la LCCI, hace que la misma constituya prueba preconstituida a favor del mantenimiento del crédito en tanto que le

³⁰ La Disposición Adicional cuarta de la LCCI exige la obligación de conservar durante seis años la documentación precontractual ofrecida al prestatario.

corresponde a la parte prestamista la carga de la prueba³¹, lo que dificultará a la postre la expulsión del contrato de determinadas cláusulas por abusivas³², en los términos expuestos.

En contraposición a la postura de que este requisito formal no tiene la finalidad de ser una «prueba preconstituida a favor *creditore*» se manifiestan ALBIEZ y CASTILLO³³, ya que estos autores consideran que la «expresión manuscrita»: «es una cláusula que no reproduce el texto normativo o administrativo, sino que es un acto de comprensión, de conocimiento, de ciertas cláusulas financieras que se integran mediante la expresión manuscrita. Es una cláusula de aseveración, de conocimiento, de lo que ya consta en toda la documentación del préstamo hipotecario».

No todos los mecanismos articulados legalmente³⁴ para el cumplimiento del principio de transparencia material en los préstamos con garantía hipotecaria, tienen el mismo grado de idoneidad para conseguir que los prestatarios comprendan el alcance económico y jurídico de las cláusulas insertas en el contrato de préstamo hipotecario.

La exigencia de la declaración del prestatario en la modalidad de «expresión manuscrita» o de «manifestación» como mecanismo proteccionista de los intereses del prestatario resulta a mi modo de ver, eventualmente ineficaz, puesto que en el primer caso, la transcripción a mano de un texto predeterminado no implica en todo caso el entendimiento de lo manualmente anotado y, en el segundo de ellos, la «manifestación» de haber recibido la documentación sobre el préstamo e información

³¹ HERNÁNDEZ SÁINZ, E. «El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios» en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, 2014, p. 113.

³² En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E. «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013, p.181, ponen de manifiesto si a raíz de la exigencia de la expresión manuscrita: «[...]¿será posible seguir efectuando un control de transparencia sustancial sobre una financiación hipotecaria en la que el consumidor haya declarado, en modo manuscrito (artículo 6 de la Ley 1/2013), que ha sido advertido de los riesgos de la operación? No lo creemos si, como el Tribunal ha indicado, el cumplimiento de las formalidades (como es la reseñada) no ha de impedir verificar el conocimiento «real» por parte del consumidor. Un triste panorama para la seguridad en la financiación hipotecaria».

Por su parte, ALBIEZ DOHRMANN Y CASTILLO PARRILLA, aunque consideran que la expresión manuscrita no es una prueba a favor del crédito, reconocen en «La Cláusula ...», *cit.* 2016, p. 246, que: «[...] incluso, mirando bien, puede liberar a la entidad financiera de acciones de nulidad por error o dolo».

³³ ALBIEZ DOHRMANN, K.J. Y CASTILLO PARRILLA, J.A. «La Cláusula ...» *cit.* p. 242 a 244.

³⁴ La aprobación de la Ley 1/2013 pretendía la mejora del mercado hipotecario y dotar de una mayor protección al prestatario-persona física. Este objetivo también compartido por el legislador en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, aunque en la Exposición de Motivos se hace referencia a que la regulación que de la fase precontractual realiza la Ley va destinada a beneficiar tanto al prestamista como al prestatario y no exclusivamente al prestatario – persona física como sucedía en la Ley 1/2013.

sobre la misma, tampoco conlleva necesariamente la comprensión del contenido y alcance de la operación.

En contraposición, a mi juicio sí que puede resultar más idónea para que los prestatarios comprendan el contenido y alcance de la operación mercantil, la exhaustiva labor de asesoramiento que detalla el artículo 15 de la LCCI, puesto que de forma previa a la elevación a escritura pública del contrato de préstamo, el notario deberá informar individualizadamente de las cláusulas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas y, así mismo, presenciará como el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

Respecto a la incidencia que tienen las declaraciones formales en el cumplimiento de transparencia material, RIPOLL SOLER³⁵ considera que la «expresión manuscrita» prevista en la Ley 1/2013, puede constituir una alerta para la parte débil del contrato y una garantía para la parte fuerte. Si bien esta afirmación puede ponerse en duda puesto que en la práctica más que una alerta, el prestatario lo ha considerado un requisito puramente formal³⁶, constitutivo de un trámite adicional que debe cumplir, para la suscripción del contrato de préstamo, lo cierto es que esta función en la LCCI se le ha atribuido a la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) [artículo 14.1 b) de la LCCI^{37 38}] a través de la cual se informará al prestatario o posible prestatario, de las

³⁵ RIPOLL SOLER, A. «Cláusula suelo: el manuscrito», disponible online en: <https://pildoraslegales.com/2014/10/30/clausula-suelo-el-manuscrito/> 2014, [Última consulta: septiembre de 2018].

³⁶ QUESADA SÁNCHEZ, A.J. *op. cit.*, 2016, p. 490 considera que: «La nota manuscrita se suele ver por el interesado como como otra traba formal más que debe superar lo antes posible para que todos los trámites se vean plenamente realizados y pueda materializarse efectivamente el contrato».

³⁷ El artículo 14.1 b) de la LCCI determina que: «El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación: Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera».

³⁸ La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial no regula la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) al tratar en el artículo 14 la información precontractual; sin embargo, la situación judicial de especial litigiosidad española en torno a las cláusulas contenidas en los préstamos con garantía hipotecario, justificarían que el legislador al trasponer la Directiva haya incluido otro tipo de mecanismos para mitigar esta situación.

cláusulas o elementos relevantes del préstamo, dentro de las que están las estipulaciones sobre las que el artículo 6 de la Ley 1/2013, exigía la suscripción de la «expresión manuscrita»: la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable o los préstamos en moneda extranjera.

En conclusión podemos destacar que la exigencia de la «expresión manuscrita» se incluyó en la Ley 1/2013, en un momento coyuntural muy concreto. Tras casi cinco años de aplicación de la norma, la LCCI ha reconfigurado en parte esta exigencia, siguiendo las directrices fijadas por la DGRN en sus resoluciones. La articulación que se ha hecho de la «declaración» en la LCCI como un mecanismo que prueba la recepción por parte del prestatario de la documentación facilitada por el prestamista y de la información proporcionada sobre ella [artículo 14.1 g) de la LCCI], es complementada con una exhaustiva obligación de asesoramiento del notario al que la LCCI le encomienda además, la valoración de la comprensión del contenido y alcance de los documentos proporcionados para la formalización de la operación de lo que debe dejar constancia en un acta notarial. De modo que, la regulación que la LCCI realiza de los mecanismos llamados a cumplir la función de la «expresión manuscrita» prevista en la Ley 1/2013, debe valorarse positivamente por cuanto proporciona medios más adecuados para garantizar que el prestatario sea conocedor del contenido y alcance de la operación que va a suscribir.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. «Principales medidas introducidas por la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario» en Revista CESCO, 2019, enlace disponible:http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Principales_medidas_introducidas_por_la_Ley_Reguladora_de_los_Contratos_de_Credito_Inmobiliario.pdf

[última consulta: marzo 2019]

ALBIEZ DOHRMANN, K.J. Y CASTILLO PARRILLA, J.A., «Las RRDGRN de 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 abogan (de nuevo) por una interpretación extensiva o *pro-consumatore* en relación con la exigibilidad de la expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo» en *Revista La Ley*, nº 174, 2016.

— «La Cláusula de renuncia a la expresión manuscrita (a propósito de la RDGRN de 12 de marzo de 2015)», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, p. 235 a 255, 2016, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra)

ALONSO PÉREZ, M.T. «Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados (en particular, su posible carácter abusivo)», en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, 2014, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 149-214.

CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E. «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013, p. 164-183. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/357> [última consulta: septiembre de 2018].

CORDERO LOBATO, E. «Novedades sobre cláusula suelo: hace falta la expresión manuscrita del hipotecante no deudor (RDGRN de 29 de septiembre de 2014)» en Centro de Estudios de Consumo, fecha de publicación: 15 de enero de 2015. Disponible el texto en el siguiente enlace: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/01/Encarna-Cordero-Hipotecante-no-deudor.pdf> [última consulta: septiembre de 2018].

DOMÍNGUEZ ROMERO, J. «Inaplicación del tipo de interés negativo: La cláusula cero en préstamos hipotecarios» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, nº 1. Disponible el texto en el siguiente enlace: http://www.indret.com/pdf/1208_es.pdf [última consulta: septiembre de 2018]

FERNÁNDEZ MALDONADO, M.A. «¿Necesita defensa la fe pública registral? (a propósito de la expresión manuscrita en préstamos hipotecarios)» <https://www.notariabierta.es/manuscrita-hipoteca-fe-publica-notarial/> 2017, [Última consulta: septiembre de 2018]

HERNÁNDEZ SÁINZ, E. «El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios» en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, 2014, p. 59-121, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

LLOPIS BENLLOCH, J.C. «La expresión manuscrita en los préstamos hipotecarios es exigible al hipotecante no deudor según la DGRN», 2014, disponible online: <http://www.notariallopis.es/blog/i/166/73/la-expresion-manuscrita-en-los-prestamos-hipotecarios-es-exigible-al-hipotecante-no-deudor-segun-la-dgrn> [última consulta: septiembre de 2018].

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. «De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 126, 2011, p. 273 a 299.

PIZARRO MORENO, E. «La expresión manuscrita en las cláusulas hipotecarias como símbolo de modernidad» en *Vivienda, préstamo y ejecución*, 2016, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 877-888.

RIPOLL SOLER, A. «Cláusula suelo: el manuscrito» disponible online en: <https://pildoraslegales.com/2014/10/30/clausula-suelo-el-manuscrito/> 2014, [Última consulta: septiembre de 2018].

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. «Cláusula suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs buena fe», en *Revista de Derecho Civil*, volumen III, nº 4, 2016, p. 69-103. Enlace: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/234/187> [Última consulta: septiembre de 2018]

QUESADA SÁNCHEZ, A.J. «La expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo: inquietudes sobre una regulación polémica» en *Derecho de Contratos: Nuevos escenarios y Nuevas Propuestas*, 2016, p. 475-492, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

ZEJALBO MARTÍN, J. «Origen histórico de la expresión manuscrita y su realidad actual» disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/origen-historico-de-la-expresion-manuscrita-y-su-realidad-actual/>, 2015, [última consulta: septiembre de 2018].

ZURITA MARTÍN, I *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*, La Ley, 2014, Madrid.

Fecha de recepción: 26.10.2018

Fecha de aceptación: 02.04.2019