

**LA ENTREGA DE LA FEIN POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA TENDRÁ LA
CONSIDERACIÓN DE OFERTA VINCULANTE DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO
¿QUÉ SIGNIFICA ESTO?***

Ángel Carrasco Perera**
Catedrático de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 30 de abril de 2018

Es curioso, testimonio de la calidad del producto normativo, que con el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario yo no llegue a saber (acaso otro más listo sí lo pille) cuánto tiempo vincula la FEIN/FIPER al banco, cuándo se perfecciona el contrato de crédito y qué signifique eso de una “oferta vinculante”.

Algunos de los miembros del equipo que constituimos el CESCO trabajamos actualmente -pendientes de la lentísima tramitación parlamentaria- en un *Comentario* de la futura Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Hace unos días revisaba yo la primera versión del excelente capítulo redactado por Encarna Cordero sobre el régimen de las obligaciones de información y, entre otras sugerencias, se me ocurrió, a propósito de sus reflexiones, ésta que sigue sobre la oferta contractual, mediante la que no pretendo adelantar el resultado del análisis de Encarna sobre este extremo.

Vamos a las normas relevantes del (aún) Proyecto de Ley

Artículo 8. Información precontractual de los préstamos inmobiliarios.

- 1. El prestamista y, si ha lugar, el intermediario de crédito o su representante designado ofrecerán al prestatario la información personalizada que necesite para comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para*

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, de la UCLM, ref. DER2014- 56016-P, del que soy investigador principal.

** ORCID ID: 0000-0003-3622-2791



tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo sin demora injustificada una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, y con suficiente antelación respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo.

2. La información personalizada a que se refiere este artículo se deberá dar con suficiente antelación respecto al momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo y se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), (...)

Artículo 12. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.

1. El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de siete días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación:
 - a) la FEIN, que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de siete días (...)
 - d) una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada (...)
 - f) cuando esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado.

Esta documentación deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente (...)

Como la Orden EHA 2889/2011 estará vigente con eficacia transitoria cuando se promulgue la Ley, importa retener el

Art. 23 Orden EHA 2899/2011

1. Una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad en contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente al inmueble y se hayan realizado las oportunas comprobaciones



sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente (...), éste podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante.

2. *La oferta vinculante se facilitará mediante [la FIPER] que figura en el Anexo II, en la que adicionalmente se especificará lo siguiente.*
 - (a) *Que se trata de una oferta vinculante (...)*
3. *(...)*
4. *Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la FIPER y coincide enteramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento.*
5. *Salvo que medien circunstancias extraordinarias, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde la fecha de la entrega.*

Vamos a transcribir también el art. 14.6 de la Directiva 2014/17:

6. *Los Estados miembros especificarán un período de siete días como mínimo durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa.*

Los Estados miembros especificarán que el período a que se hace referencia en el párrafo primero será un período de reflexión antes de la celebración del contrato de crédito o un período para ejercer un derecho de desistimiento tras la celebración de dicho contrato, o será una combinación de ambas cosas.

Cuando un Estado miembro especifique un período de reflexión antes de la celebración de un contrato de crédito:

- a) *la oferta será vinculante para el prestamista mientras dure el período de reflexión,*
y
- b) *el consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante el período de reflexión.*

Los Estados miembros podrán establecer que los consumidores no puedan aceptar la oferta durante un lapso de tiempo que no supere los primeros diez días del período de reflexión.

Y las frases del Anexo II de la Directiva referidas a la duración de la FEIN:

La información que figura a continuación es válida hasta el [fecha de validez], (si ha lugar) a excepción del tipo de interés y otros gastos. Después de esa fecha, puede variar con arreglo a las condiciones del mercado.

(...)

(Si ha lugar) No puede usted aceptar el contrato de crédito hasta que haya transcurrido un período de [duración del período de reflexión] a partir del momento en que el prestamista le entregue el contrato.

(Si ha lugar) Durante un período de [duración del período de desistimiento] a partir de [inicio del período de disposición del crédito], el prestatario puede ejercer su derecho a cancelar el contrato de crédito. [Condiciones] [Insértese el procedimiento].

En consecuencia, (i) la información precontractual relevante se suministra mediante la puesta a disposición de una ficha (FEIN), que debe entregarse al menos siete días antes de la firma del contrato y (ii) esta ficha constituye oferta contractual vinculante durante el plazo pactado hasta la firma del contrato, que, como mínimo, será de siete días. El procedimiento revela cierta torpeza intelectual, si se le compara con el art. 8 de la Ley de Crédito al Consumo, que distingue entre información precontractual y oferta vinculante, que, por cierto, procede sólo si el acreditado la solicita. Igualmente ocurre con los apartados 2 y 3 de la Directiva 2014/17, que distingue entre el paquete de información precontractual y la oferta de contrato. Lo mismo ocurre con el citado art. 23 de la Orden EHA 2899/2011.

Analicemos el entramado normativo:

1. Una “oferta vinculante” puede significar separada o conjuntamente tres cosas: (i) que el oferente no se puede desvincular de la oferta durante el plazo de duración de ésta; (ii) que no puede cambiar las condiciones de la oferta; (iii) que resulta vinculado por contrato una vez que el destinatario acepte de alguna forma válida en Derecho.
2. Me parece que si la FEIN es una oferta (de contrato) “vinculante”, no comporta por ello que el prestamista *haya de tener por celebrado el contrato*, mediando aceptación del prestatario dentro del plazo de vigencia de aquélla (ni, como sugiere una posibilidad de la FEIN, pasados los días del período de reflexión), como se encarga de aclarar el Anexo II Parte A de la Directiva 2014/17 (“El presente documento no conlleva para [nombre del prestamista] la obligación de concederle un préstamo”). Igualmente, el Anexo II, Parte A, del modelo de FIPER establecido por la Orden EHA 2899/2011. Por tanto, el banco no está obligado durante este plazo a conceder crédito, aunque el acreditado “acepte” “firmando” (“el momento de la firma del contrato”) o de otra manera.
3. Cuidado con los “siete días”. El *infame* texto del art. 12.1 a) puede significar dos cosas distintas. Primero, que la FEIN es oferta vinculante durante la fecha que se haya



pactado “hasta” la firma del contrato, *plazo de duración de la oferta* que como mínimo ha de ser siete días. Segundo, que la FEIN es oferta vinculante hasta la fecha pactada *para la firma del contrato*, que no podrá tener lugar antes de los siete días desde la entrega de la ficha. La primera interpretación es la sugerida por el tenor del Anexo II de la Directiva, pero no claramente por el art. 14 de la misma. La segunda comporta que la FEIN es oferta vinculante hasta la fecha del contrato, que podrá tener lugar más tarde de los siete días a contar desde la realización de la oferta. Conforme a la segunda interpretación, no es que la FEIN vincule sólo durante siete días (contrastar con art. 23.5 Orden EHA 2899/2011), sino que vinculará al banco hasta la firma del contrato, la cual no podrá tener lugar antes de siete días contados desde la entrega de la FEIN.

4. La primera interpretación parece la más ajustada a los antecedentes y al sentido comercial de la operación. Pero comporta que entonces puede existir un tramo de tiempo entre la entrega de la FEIN y la firma de la escritura en el que la entidad “no está vinculada” por la oferta originaria. En mi opinión *desde una consideración teleológica es preferible aceptar la segunda interpretación, aunque tenga toda la apariencia de ser contra-literal*.
5. ¿Pero qué pasa si el proceso de firma dura *mucho tiempo*? ¿Seguirá indefinidamente atada la entidad a los términos financieros de la FEIN? No veo cómo puede evitarse esta conclusión si aceptamos la segunda lectura del art. 12.1 a), salvo durante el período transitorio en que esté en vigor la Orden EHA, en cuyo caso la FIPER como oferta vinculará durante catorce días. En realidad, no debe tratarse de un problema grave, pues ya se cuidará el prestamista de que el proceso concluya cuanto antes.
6. A los efectos de su condición de “oferta”, es irrelevante si la FEIN/oferta contiene o no los elementos necesarios para, mediante el cruce de la aceptación, constituir un contrato.
7. Si el banco cambiara determinadas condiciones de la FEIN durante la vigencia de ésta, y el acreditado aceptara esta modificación en todos sus términos, no por eso existiría tampoco una oferta de contrato que haya devenido contrato por medio de aceptación, aunque no por eso dejaría el banco de estar “vinculado” por la FEIN novada. Pero también ocurre en este caso que por consentimiento del prestatario (que no sea prestado en una condición general), la FEIN original puede dejar de tener vigencia (ser novada) antes de la firma del contrato.
8. No existe una oferta de contrato en la FEIN, que el prestatario pueda aceptar, sin importar cuánto de completa es la oferta y cuanto de terminante la aceptación. Existe,



todo lo más, una propuesta, que tiene la particularidad de que durante un plazo no puede ser modificada por el banco y que impide que el banco se retracte de la operación. Observemos que ello no resulta claramente del art. 8.1 in fine, pues la FEIN debe suministrarse antes de que el prestatario asuma un compromiso vinculante, pero no antes de que lo asuma el prestamista.

9. Que la FEIN no es una oferta vinculante de contrato en el sentido expresado se acredita por la letra d) del art. 12.1, que también exige la entrega adicional de una “copia del proyecto del contrato”. Dicho sea de paso, esta “copia” no es tampoco una oferta de contrato que el prestatario pueda aceptar por los medios ordinarios de Derecho común.
10. ¿Pero entonces para qué sirve la “oferta vinculante de contrato”, que es la FEIN? Sirve para que el banco no puede alterar estos términos cuando se celebre el futuro contrato, con independencia de si el prestatario acepta o no esta oferta antes de la formalización notarial. Y sirve para que el banco no pueda retirarse de la operación durante el tiempo de vigencia de la oferta.
11. Imaginemos que el prestamista, como es de razón, desdobra los momentos en que entrega la FEIN (“se entregará a todos los clientes de préstamos de forma gratuita, con toda antelación, y en todo caso antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta”, art. 22 Orden EHA, respecto de la FIPER) y el momento en que hace una oferta vinculante. Tampoco en este caso la oferta se convierte en contrato cuando el prestatario la acepte “firmando” en todos sus términos.
12. La razón de lo que venimos postulando no puede ser otra (pero no es la única) que la existencia del “protocolo notarial de transparencia” que regula el art. 13 del Proyecto de Ley. Sería absurdo que el Notario tuviera que “asesorar” al cliente una vez que éste ya hubiese quedado obligado por contrato o que el banco tuviera que hacer la disposición de fondos antes de que se cumpliera este protocolo notarial. Recuérdese que sin el cumplimiento de este protocolo no se puede otorgar la escritura de préstamo hipotecario.
13. Demos por consumado el trámite del art. 13. Sólo queda la firma de la escritura. El banco sigue vinculado por la FEIN. ¿Hay contrato, si existe aceptación antes de aquella firma? Cabe proponer que no, porque el préstamo hipotecario requiere forma notarial sustancial. Aunque la jurisprudencia ha admitido la validez del contrato de hipoteca en escritura pública no inscrita, nunca se ha reconocido la validez, incluso a efectos obligacionales, de una hipoteca no documentada notarialmente. No hay



contrato, pues, pero el banco sigue vinculado en los términos de la FEIN, y esta ficha ya ha cristalizado desde que se cerró el acta, sin importar el tiempo que transcurre hasta la escritura, aunque ciertamente no está obligado aún a entregar los fondos acreditados. ¿Cómo iba a estarlo antes de que se documentara públicamente la hipoteca que servirá de garantía?

14. ¿Y estará vinculado el cliente, que “recibió” la FEIN-oferta o que individualmente asintió a la oferta del contrato? No lo está. El cliente no está obligado hasta que firma la escritura y no puede ser compelido por el art. 1279 CC a que se presente ante el Notario ni puede el juez firmar en sustitución del cliente rebelde.
15. Supongamos que, de las dos interpretaciones expuestas arriba, prevalece – lo que no es irracional, aunque yo no la proponga- la que entiende que el art. 12.1 a) impone un plazo de duración mínimo de siete días a la oferta vinculante, pero no hace vinculante la oferta hasta la firma (más tardía) del contrato. Imaginemos ahora que antes o después del proceso del art. 13, pero antes de la firma de la escritura, la FEIN ya no rige como oferta vinculante. Entonces ocurre que el banco no está obligado por la “oferta” a firmar la escritura de hipoteca, si ha reconsiderado su posición y entiende que los términos en que se hizo la oferta no le convienen. El banco se puede levantar de la mesa del Notario hasta el último momento antes de estampar su firma en la escritura matriz.
16. En consecuencia, sólo existe contrato cuando se firma la escritura notarial.
17. Si volvemos leer el art. 14.6 de la Directiva, que ha sido transcrito en esta nota, comprobamos que las conclusiones a las que hemos llegado aquí no se corresponden con los términos explícitos ni implícitos de la Directiva (“el consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante el período de reflexión”). Y, además, la “oferta” es en esta norma una oferta contractual en toda regla. La diferencia entre la norma española y la europea se explica porque el art. 13 del Proyecto de Ley es *sui generis* de la transposición española y porque en la Directiva *realmente no se supone* que los contratos inmobiliarios por ella regulados estén sujetos a documentación notarial necesaria.
18. Cuando las partes firmen la escritura, no se podrán modificar en ella las condiciones de la FEIN entregada, aunque en el momento del otorgamiento el cliente declare que acepta novar las condiciones del préstamo. Esto no tiene nada que ver con el carácter de “oferta vinculante” de la FEIN, sino con la necesidad de evitar estrategias que puedan resultar sorpresivas en daño del consumidor. La conculcación de esta norma

no convierte en abusivas a las cláusulas dispares de la nueva FEIN, sino simplemente en nulas, y sustituidas por las anteriores.

19. Un contrato de hipoteca formalizada ante Notario no es nulo por el incumplimiento por el prestamista de las obligaciones de los arts. 8, 12 y 13, aunque el Registrador no inscribirá. No puede ser nulo, porque la nulidad siempre cursa en daño del consumidor, al no poderse transformar en nulidad parcial.
20. Hasta el presente estamos considerando que se negocia un préstamo hipotecario, lo que condiciona sustancialmente la forma de documentación precisa. Pero el art. 2.1 b) del Proyecto se refiere también a los préstamos inmobiliarios al consumo sin garantía hipotecaria. Nos importa este supuesto porque aquí no estamos constreñidos por la forma notarial que condiciona la validez del título obligacional. Vamos a considerar entonces si en estos supuestos (ciertamente marginales), la entrega de la FEIN es una oferta vinculante de contrato que pueda devenir contrato perfecto mediante la aceptación del prestatario.
21. Está claro que el Proyecto no se representa este escenario y presupone siempre que estamos tratando de un préstamo hipotecario. Con todo, la realidad de la hipótesis es indudable. Podría proponerse entonces que el prestatario puede aceptar y perfeccionar el contrato mediante la aceptación de la oferta. Pero, parece, no de cualquier forma, porque el art. 12 se refiere en su encabezamiento a la “firma del contrato”. Con todo, esto no parece decisivo, pues esta ley no ha impuesto la forma escrita necesaria para los contratos de préstamos no hipotecarios; podríamos, pues, postular que la referencia a la “firma” es un exceso verbal del legislador.
22. Sin embargo, tampoco aquí la entrega de la FEIN, ni de la copia del proyecto de contrato constituyen ofertas vinculantes que devengan contratos perfectos mediante la aceptación, ni siquiera escrita, del prestatario, *siempre que se trate de un préstamo que deba otorgarse ante notario* (art. 12.1 f). Lo impide el art. 13, cuya aplicación al supuesto considerado es indiscutible, aunque con seguridad el legislador ni se imaginaba una visita al Notario sin existir un préstamo hipotecario. No puede existir perfección del contrato antes del “asesoramiento” protocolario a cargo del Notario y antes del cierre del acta. En consecuencia, el contrato no es perfecto hasta que se otorga la escritura, y no cuando se cierra el acta, porque las partes han determinado convencionalmente una forma necesaria del negocio.
23. Hemos hablado de un supuesto marginal al referirnos al préstamo no hipotecario. Pero menos marginal de lo que pueda pensarse, porque también en la hipótesis del art. 2.1



a) podemos tener un préstamo simple al deudor, siendo un tercero el hipotecante no deudor. Entonces vuelve a ser de razón preguntarse cuándo se perfecciona un contrato de préstamo que no requiere forma notarial.

24. Pasemos ahora al contrato de préstamo no hipotecario que tampoco deba otorgarse en escritura pública. Y volvemos a depender de opciones interpretativas. Si se sostiene, como aquí se propone, que la FEIN cursa como oferta vinculante hasta la fecha de la “firma” del contrato, el contrato es perfecto a la *firma* del contrato, y no cuando se produce una aceptación de otro tipo. Hasta la firma, el prestatario puede desvincularse, pero no puede pedir hasta la firma que el prestamista le entregue los fondos. Si, por el contrario, se propone que la oferta vinculante dura el plazo que se pacta en la FEIN (mínimo de siete días), el contrato no es perfecto ni obliga hasta la firma, pero el prestamista tampoco está obligado a atenerse a su oferta una vez que transcurre el plazo pactado en la FEIN.