

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9003 *Instrucción de 14 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías, para la tramitación de la información previa a las escrituras de préstamo hipotecario, en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.*

El artículo 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, prevé el otorgamiento, con carácter previo a la escritura, por las personas físicas a quienes sea aplicable la propia Ley en sus distintos supuestos, como prestatarios, avalistas o hipotecantes no deudores, de un acta de información sobre las condiciones del préstamo. Para la preparación y otorgamiento de dicha acta, la entidad prestamista, la intermediaria de crédito o su representante designado deberán remitir al Notario una serie de documentos e información, a cuyo efecto se regula por el artículo 14.1.g la forma de dicha remisión, en los siguientes términos:

«g) 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 junto a la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, deberá remitirse también al Notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros cuyas especificaciones se determinarán reglamentariamente, que deberán cumplir las siguientes exigencias mínimas: El sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario; deberá garantizar que no se ocasione ningún coste, directo o indirecto, para el cliente; y deberá quedar organizado de modo que el cliente pueda dirigirse a cualquier Notario de su libre elección para que éste, con carácter previo a la firma del préstamo, extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección que tiene y puede ejercitar por este medio.»

Por consiguiente, para la preparación del acta y la subsiguiente escritura han de emplearse unos medios telemáticos seguros que deben cumplir una serie de requisitos, que se derivan del citado artículo 14 de la Ley 5/2019, así como, en aquello que se refiera a la función pública notarial, de los artículos 107 y siguientes, en particular el artículo 108 in fine, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su redacción vigente, y de las normas que desarrollan dichas leyes, principalmente el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril.

Ante la inminencia de la entrada en vigor de la Ley, se procede a dictar esta instrucción, con el fin de aclarar ciertos extremos sobre el uso de tales medios informáticos en los días inmediatos a dicha entrada en vigor, por cuanto se está planteando el problema de las operaciones que se estén tramitando por entidades que no dispongan aún de la correspondiente plataforma con todos sus requisitos, por no haber tenido tiempo de completar su desarrollo antes del día 16 de junio, fecha de entrada en vigor de la Ley.

Ciertamente, la previsión del artículo 14 es que han de utilizarse, de forma imperativa, unos medios telemáticos seguros que han de cumplir las exigencias que se establecen en la Ley. Ello es coherente con la idea y principios de la administración digital, con sus indudables ventajas de eficiencia y trazabilidad, que resultan de particular utilidad en el terreno del crédito hipotecario y la protección del consumidor.

La exigencia del empleo de los medios telemáticos para la remisión de la documentación de forma que quede garantizado el cumplimiento de las exigencias legales (designación del Notario por el consumidor o cliente, comprobación fehaciente por el Notario de la fecha y no alteración de la documentación enviada, y notificación por éste a la entidad de las vicisitudes del acta de información) se convierte por ello en un instrumento particularmente útil. Sin embargo, su utilidad es formal y auxiliar, pero no sustancial, por cuanto lo esencial es el respeto de los principios anteriormente enumerados, de fehaciencia, libertad de elección de Notario y respeto de las formas legalmente exigibles para la dación de fe.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la imposibilidad de formalizar las operaciones de las entidades que no hayan logrado desarrollar sus medios digitales en plazo tendría unas consecuencias muy negativas no sólo para la economía del país, sino en numerosas ocasiones para ciudadanos que, teniendo concedido un préstamo, se vieran en la imposibilidad de formalizarlo a tiempo por la falta de esos medios telemáticos, parece imprescindible encontrar una solución transitoria en tanto no se complete la puesta en marcha de las plataformas telemáticas de dichas entidades o gestorías. Por consiguiente, considerándose que el plazo adicional aquí señalado debe ser suficiente para el desarrollo de los indicados medios técnicos, y que resulta prioritaria la garantía de los intereses de los ciudadanos que hayan solicitado financiación en alguno de los supuestos que se encuentran dentro de la esfera de aplicación de la Ley 5/2019, cumpliéndose, por lo demás íntegramente los principios y garantías materiales que la misma ha establecido, y que están plenamente en vigor a partir del día 16 de junio de 2019, por medio de la presente se autoriza hasta el día 31 de julio de 2019, la firma de operaciones, mediando siempre el acta previa de información al cliente, pero tramitándose la preparación de la misma sin hacer uso de las plataformas informáticas previstas en dicha ley, empleando otros medios alternativos, como la entrega de la documentación en papel, su remisión por correo, o incluso por medios informáticos que reúnan las debidas medidas de seguridad.

Ello se debe hacer sin merma de los restantes principios que con carácter imperativo se establecen en la ley:

Se debe garantizar al prestatario el ejercicio de su derecho de elección de Notario, con la debida información y concediéndole la facilidad de pueda «dirigirse a cualquier Notario de su libre elección», siempre que tenga una conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio, para que por éste se solicite dicha documentación y se prepare el acta sobre la base de la documentación recibida.

En segundo lugar, se debe asegurar la fehaciencia de la fecha de la entrega de la documentación al prestatario, así como de su no modificación desde la entrega. Este requisito resulta imprescindible y de importancia primordial, por cuanto la firma de la escritura únicamente será posible una vez transcurrido el plazo de diez días desde la fecha acreditada de la entrega de la documentación e información al cliente. No resulta bastante para dicha acreditación el mero reconocimiento por el cliente, ya que el mismo podría encubrir la renuncia al plazo de diez días, abriendo la puerta a la impugnabilidad del contrato en el supuesto de que el Notario no hubiera negado su autorización, como debería.

La acreditación fehaciente de la fecha puede lograrse mediante medios diversos, como la entrega de la documentación con la firma del recibí por el cliente en la notaría el mismo día de su generación; la remisión de esa misma documentación a la Notaría por otros medios desde ese mismo día; la legitimación de las firmas puestas sobre los documentos o la obtención de un testimonio notarial de los mismos; el depósito en otra notaría de esos documentos el día que se hayan firmado; el cálculo del hash del archivo

informático que, una vez firmados, los contenga junto con el depósito notarial de todos los hashes de los documentos de cada día, acreditándose por ese depósito la fecha de la existencia de dichos documentos y su no alteración por el propio hash, o cualquier otro medio análogo que cada entidad diseñe, con tal que el mismo sea suficiente para dicha prueba «fehaciente».

En el acta se deberá plasmar la forma en que se han realizado los necesarios controles, en especial el del respeto de la libre elección de Notario (a cuyo efecto, cabría reflejar en la misma acta la forma en que dicho derecho se ha ejercido por el cliente), así como el relativo al cómputo del plazo de diez días desde la entrega de la documentación hasta la firma de la escritura.

Por último, las notificaciones que deba realizar el Notario, para garantizar su efectividad, especialmente en los casos en que se hayan detectado errores o carencias en la documentación, deberán respetar las formas de notificación fehaciente por los medios tradicionales en papel.

Madrid, 14 de junio de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 9004** *Instrucción de 14 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la firma de operaciones cuya comercialización, oferta y entrega al consumidor de la información se han desarrollado bajo la vigencia de la normativa anterior, formalizándose el préstamo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.*

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de próxima entrada en vigor, ha planteado una serie de dudas interpretativas, que hacen referencia a diversos aspectos de su aplicación, en el periodo inicial a partir de la fecha su entrada en vigor, y durante su vigencia ya normalizada. Por ello, teniendo en cuenta las consultas e informes que se han ido recibiendo de las diversas instituciones que participan en la aplicación efectiva de la ley (Colegio de Registradores y Consejo General del Notariado), y las cuestiones planteadas por los operadores afectados por la misma (entidades financieras, gestorías), se dicta esta Instrucción con la finalidad de orientar la interpretación de una de las cuestiones dudosas, referente a los primeros días tras la entrada en vigor de la ley.

Se plantea cuál sea el tratamiento que han de recibir las operaciones cuya información precontractual se haya entregado al prestatario antes del 16 de junio de 2019, otorgándose la escritura con posterioridad a dicha fecha, en particular en relación con el acta de información precontractual y las restantes obligaciones informativas.

Se argumenta sobre esta cuestión que, entregada la información precontractual para una nueva operación (las anteriores Ficha de Información Personalizada o FIPER y Ficha de Información Precontractual o FIPRE) antes del 16 de junio de 2019, y teniendo en cuenta que el párrafo 1 de la disposición transitoria primera establece que «esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor», no se aplicaría a la misma el nuevo régimen legal, ni sería por tanto necesaria la formalización del acta de información previa, por aplicación del principio de irretroactividad de la norma y de la ultraeficacia de los pactos previos a dicha fecha.

Frente a lo anterior, debe señalarse que la oferta vinculante es un acto unilateral, de modo que si sobre la misma debe aparecer la firma del prestatario ello en principio será únicamente a efecto de la constancia del recibí, que acredita su entrega, sin llegar a constituir una verdadera aceptación de la oferta, que habría dado lugar al nacimiento del contrato. Establece, en este sentido, el artículo 1258 del Código civil que «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento,...», y añade el artículo 1262 que «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato».

La disposición final tercera de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dispone: «Esta orden entrará en vigor el día 16 de junio de 2019, subsistiendo hasta esta fecha la

obligación de facilitar la ficha de información personalizada (FIPER),...», de modo que la simple emisión de la FIPER no equivale a la existencia de un «contrato»:

1.º Porque la FIPER no necesariamente supone una oferta vinculante con todos los requisitos de la misma. El artículo 23. 2 a 23.4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, disponía:

«2. La oferta vinculante se facilitará mediante una Ficha de Información Personalizada como la que figura en el anexo II en la que, adicionalmente, se especificará lo siguiente:

- a) Que se trata de una oferta vinculante.
- b) El plazo de vigencia de dicha oferta.

3. Toda información adicional que la entidad facilite al cliente en la oferta vinculante figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.

4. Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento».

Esta redacción sigue vigente, como se ha indicado, hasta el día 16 de junio de 2019. Por consiguiente, su derogación no puede suponer que queden sin efecto las ofertas vinculantes que hayan sido emitidas con anterioridad a esta fecha por la entidad prestamista o acreedora, pero tampoco debe atribuirse a la FIPER el valor de «contrato preexistente» a los efectos de la aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019.

La Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, modifica el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que regulaba la FIPER, sustituyéndola por la regulación de la FiAE, y dando nueva redacción al artículo 22 de la Orden EHA/2899/2011 que es el que regulaba la FIPER (para los préstamos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019). La Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, en su artículo 14.5, dispone que «5. Los Estados miembros que, antes del 20 de marzo de 2014, hayan aplicado una ficha de información que satisfaga requisitos de información equivalentes a los expuestos en el anexo II podrán seguir utilizándola a los efectos del presente artículo hasta el 21 de marzo de 2019». Puede ser que la FIPER se considere equiparable a la Ficha Europea de Información Normalizada o FEIN; pero, aunque fueran equiparables por razón de contenido, en ningún caso lo serían desde el punto de vista de su eficacia.

La FEIN, según establece el artículo 14.1. a) de la Ley 5/2019, «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 diez días».

Por otra parte, existen ciertas diferencias entre el contenido de la FEIN, cuyo modelo viene establecido en el anexo I de la Ley 5/2019, con el contenido de la FIPER tal y como aparecía regulado en el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (en su redacción anterior a la Orden ECE/482/2019).

2.º Porque la FIPER, aunque tuviera la condición de oferta vinculante, por haber cumplido las condiciones previstas en dicho artículo 23, no supone la existencia de un «contrato». Éste sólo se perfeccionará por la concurrencia de la aceptación del prestatario «sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». Sólo la doble concurrencia de oferta y aceptación puede ser entendida como perfección del contrato, y sólo –desde ese momento– «obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (art 1258 Código civil). La ley reguladora del contrato sería la vigente al tiempo de su perfección, es decir la normativa anterior a la Ley 5/2019. Sólo en ese supuesto puede hablarse de falta de aplicación retroactiva de la Ley 5/2019.

Este mismo principio de irretroactividad resulta de la disposición transitoria segunda y el artículo 2.3 del Código Civil. El mismo criterio de falta de retroactividad fue sostenido por el Centro Directivo en la Resolución de 8 de enero de 2008 por el que se formulaba Consulta sobre la aplicación retroactiva de las modificaciones introducidas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, en virtud de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

En consecuencia, no bastaría en principio la simple acreditación de que la FIPER u oferta vinculante fue emitida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019. Sería necesario acreditar, igualmente, de forma fehaciente, que el prestatario y demás obligados o garantes han aceptado dicha oferta, sin modificaciones o condicionantes, dentro del plazo de vigencia de la misma y antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019. Sólo así puede entenderse un contrato preexistente a la Ley 5/2019, y por tanto susceptible de formalización mediante su elevación a público con posterioridad, sin necesidad de formalizar el acta previa de información al consumidor. Y sólo en estos términos podría hablarse de la «ultraeficacia de un contrato suscrito», a efectos de la aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019. Ello se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 a 4 de la misma disposición transitoria primera, en relación con los cuales el notario debería realizar una función de asesoramiento y advertencia a la parte prestataria, a fin de advertir de la aplicación retroactiva de algunos artículos de la nueva Ley 5/2019, al préstamo o crédito suscrito antes de su entrada en vigor.

En cualquier otro caso, por tanto, aunque se haya entregado la oferta vinculante antes del día 16 de junio de 2019, resulta imprescindible la formalización del acta previa de transparencia material. Esta exigencia se deriva, entre otras cosas, del artículo 22 de la Ley 5/2019, cuando establece que el Notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3, y que el Registrador no inscribirá ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 15.7.

No obstante, para ese acta previa y la subsiguiente formalización de los préstamos hipotecarios en los días posteriores a la entrada en vigor de la ley, puesto que no era obligatoria la entrega de la FEIN, la FiAE y demás documentación impuesta por ésta, podrá emplearse la FIPER con la oferta vinculante que se entregó en su momento, con tal que resulte acreditada la fecha de la entrega de esa documentación y su contenido, aunque no se hubiera aún podido realizar su remisión por la vía telemática legalmente prevista.

Ello no impide también que dentro del plazo anterior a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, en lugar de la FIPER se haya entregado la FEIN, FiAE y demás información prevista en la nueva ley, cumpliéndose en tal caso las formalidades informativas normales establecidas en la misma.

Madrid, 14 de junio de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.