



LA REGULACIÓN DE LAS MORATORIAS HIPOTECARIAS EN LA PANDEMIA POR #COVID19. EL NOTARIO EN EL RD LEY 19/2020

Luis Fernández-Bravo Francés

Notario

Decano del Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 5 de junio de 2020

Introducción

A nadie se le podía pasar por la cabeza, hace escasamente seis meses, que un virus de la lejana China pusiera patas arriba a nuestra avanzada sociedad europea occidental, pero aquí estamos, asistiendo a una pandemia mundial y a un verdadero aluvión legislativo bajo el “*hashtag*”¹ #COVID19.

En el centro de ese escenario, el legislador ha tenido que disponer la paralización de la economía por el bien de la salud, individual y colectiva, a costa de afrontar la insolvencia de empresas y particulares, lo que obliga a apuntalar el sistema con disposiciones normativas en los más variados campos.

En ese complicado marco, se dispone la moratoria en los préstamos concedidos por entidades financieras, hipotecarios y personales, como paraguas necesario para proporcionar un desahogo a las maltrechas economías de los ciudadanos.

Sin embargo, la prisa, mala consejera siempre, hace que la técnica legislativa no sea lo suficientemente depurada tejiendo así una madeja normativa en la que resulta muy fácil enredarse.

Marco normativo y realidad social

Son cuatro las normas de urgencia que se deben analizar para comprender el mapa actual.

¹ Según la definición más común, es una etiqueta de metadatos para acceder a información online.



La primera de ellas es el Real Decreto-Ley 8/2020, *de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*² que regula la denominada “*moratoria hipotecaria*”, esto es, una suerte de suspensión de activación automática, aplicable a la *deuda para la adquisición de vivienda habitual* derivada de *contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre en los supuestos de vulnerabilidad económica establecidos en la propia norma*.

Pero la realidad se impone y rápidamente el legislador descubre que la norma es imprecisa y además que se quedó corto. Por eso el Real Decreto-Ley 11/2020, *de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19*³ establece expresamente, por modificación del Art. 14 del RDL 8/2020, que la mera solicitud de moratoria conlleva: a) La suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo de tres meses y b) la suspensión legal del efecto de vencimiento anticipado.

Simultáneamente, amplía las previsiones del anterior para extender el sistema a (i) los autónomos, empresarios y profesionales respecto de los inmuebles afectos a su actividad económica, (ii) a las personas físicas que tengan arrendados inmuebles y hayan dejado de cobrar el alquiler la moratoria aplicable, también, a los arrendamientos y (iii) a los créditos y préstamos “no hipotecarios”, es decir, personales, que mantengan los deudores en situación de vulnerabilidad económica, incluyendo los créditos al consumo.

La forma jurídica que se ha de dar a las novaciones se recoge en el Real Decreto-ley 15/2020, *de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*⁴ que regula una curiosa variante de otorgamiento unilateral.

Como nuevo episodio de esta serie, ya veremos si último, el Real Decreto-Ley 19/2020, *de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19*⁵, recoge una nueva fórmula de novación del préstamo hipotecario que recibe la denominación o etiqueta de “*moratoria sectorial*”.

² En adelante RDL 8/2020

³ En adelante RDL 11/2020

⁴ En adelante RDL 15/2020

⁵ En adelante RDL 19/2020



La naturaleza jurídica del préstamo y de las “moratorias”

Cuando la Ley se hace tan enrevesada conviene volver a las bases y repasar la teoría general para mirar con perspectiva, porque al final sólo estamos ante un contrato de préstamo, con o sin garantía hipotecaria, al que se le aplica un paréntesis por causa de fuerza mayor.

En la concepción más clásica, el mutuo o simple préstamo de dinero, con o sin garantía adicional a la responsabilidad patrimonial universal del deudor, se considera un contrato real y unilateral, es decir, se perfecciona por la entrega de una suma y genera obligaciones, en principio, sólo para la parte prestataria⁶. Ahora bien, es un contrato y por tanto implica un acuerdo de voluntades, de forma que cualquier modificación de sus términos iniciales requiere pacto entre las partes y su eficacia frente a terceros quedará respaldada, en principio, por su publicidad registral⁷.

El resto de la construcción del Derecho Hipotecario se basa en ese sencillo pero sólido pilar, destacando en su evolución, por su importancia, el concepto de “transparencia material” como creación del Tribunal Supremo español y la protección que se le dispensa en la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁸. Naturalmente, si se hace depender la propia validez del contrato del cumplimiento de dicho principio, se impone analizar también, hasta qué punto es exigible en la situación que nos ocupa.

Partiendo de lo anterior, resulta muy ilustrativa la exposición de motivos del RDL 19/2020 cuando explica que hay tres tipos de moratoria: la legal, la ordinaria y la sectorial.

Moratoria legal

El Decreto-Ley 8/2020 establece, *ex lege* y por causa de fuerza mayor, una modificación de los efectos de un contrato privado, haciendo dudoso que estemos ante una auténtica novación. No en vano la mera solicitud del deudor es el interruptor que activa la suspensión por tres meses de su propia obligación, sin que el acreedor pueda oponer excepción alguna. Como única medida de control se establece la responsabilidad civil a posteriori tanto por abuso de derecho (Art. 16.1) como por fraude de Ley (Art. 16.3).

⁶ Artículos 1740, 1753 y concordantes del Código Civil.

⁷ Resulta muy ilustrativa la [STS núm.: 2620/2015](#) (Ponente: Excm. Sra. D^a. M^a. Ángeles Parra Lucán)

⁸ En adelante Ley 5/2019



De ahí que parezca lógica, aunque forzada a primera vista, la posibilidad que sostiene la doctrina acerca del otorgamiento unilateral de la escritura pública por la que se formaliza la modificación de los efectos del contrato, compatibilizando el principio de titulación pública, los efectos *inter partes* y la oponibilidad a terceros de la modificación.

Se realiza todo ello en el RDL 15/2020 cuya D.A. 15ª regula el otorgamiento unilateral por el acreedor de la escritura en que se formaliza la ampliación de plazo derivada de la moratoria legal.

En pura lógica, aclara de forma expresa que esta “moratoria legal” queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 e impone al notario la obligación de *facilitar* al deudor una copia simple gratuitamente. Se debe interpretar que *se pondrá a su disposición por medios telemáticos*, en cuanto no hay más relación con aquel que los datos de contacto que facilite el acreedor y que deberán articularse necesariamente a través de la sede electrónica notarial conforme a la Ley 24/2001.

Finalmente, en estas “moratorias legales” se establece un arancel reducido tanto para la escritura como para su inscripción, que pagará el acreedor en todo caso⁹ y se regula también la exención del gravamen de actos jurídicos documentados¹⁰, lo que luego se hace extensivo a la moratoria sectorial.

Novación ordinaria con pacto de moratoria

Fuera de la anterior, y como bien señala el RDL 19/2020, el resto de “moratorias”, esto es, novaciones de préstamo hipotecario pactadas entre acreedor y deudor, han de quedar sujetas a las normas generales, a saber: (i) información precontractual completa y acta notarial de verificación del cumplimiento del principio de transparencia material, conforme a la Ley 5/2019; (ii) otorgamiento de escritura pública, bilateral, recogiendo el pacto con sujeción al arancel notarial; (iii) aplicación del gravamen de actos jurídicos documentados y de su exención si procede¹¹; (iv) y finalmente inscripción en el registro de la propiedad con sujeción al arancel registral ordinario.

En realidad cualquier novación que, aun cumpliendo el requisito subjetivo, contenga, además de un aplazamiento o moratoria, otros pactos adicionales, quedará automáticamente fuera de las reglas del RDL 8/2020 y sus concordantes para recaer en las normas de la novación ordinaria. Se trata de pactos muy frecuentes en la práctica ya que, aprovechando una modificación principal, las partes introducen otros pactos

⁹ Art. 24.6 del RDL 11/2020 introducido por el 15/2020

¹⁰ Art. 16.Ter. RDL 8/2020 y D.F.1ª que añade un apartado 28 al Art. 45.1.B) del TR ley ITPAJD.

¹¹ Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.



accesorios, tales como la adaptación a las normas de la Ley 5/2019 en sede de vencimiento anticipado para contratos anteriores a ella, modificación del tipo de interés, de fechas de vencimiento, Etc.

A la inversa, la propia norma prevé que, si se trata de una novación bilateral que reúna los requisitos de la moratoria legal, son de aplicación las normas del Real Decreto-Ley en cuanto a duración, efecto inmediato, suspensión del devengo de intereses, bonificación de honorarios registrales y notariales y exención de la cuota gradual de actos jurídicos documentados.

Moratoria sectorial

Las dos normas anteriores (RDL 8/2020 y RDL 11/2020) ya han sido tratadas por Segismundo Álvarez en una primera aproximación y en un análisis más práctico cuyo contenido comparto en su mayoría, si bien parece que se trata de normas superadas y de aplicación residual porque, de nuevo, la terca realidad se impone.

Los operadores económicos constatan que con una moratoria de tres meses no vamos a ninguna parte ante las dimensiones bíblicas de la pandemia y que acudir a las reglas ordinarias supone un coste, económico y temporal, que nadie puede -ni debe- asumir ante una situación de fuerza mayor tan inesperada como dramática.

Ese es el motivo de la tercera especie de moratoria, denominada “sectorial” a caballo entre la legal y la convencional, recogida en el RDL 19/2020, que la define como “*la pactada entre las partes y acogida a lo previsto en los acuerdos sectoriales suscritos entre las entidades prestamistas, a través de sus asociaciones representativas*” para regularla luego en los artículos 6 y siguientes.

El primer requisito para su aplicación es que haya un acuerdo marco sectorial para la concesión de moratoria por la entidad financiera al deudor, que se comunica al Banco de España y se publicita en su página web. Es decir, depende de la conducta positiva de la entidad financiera “*como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19*”, quedando la posibilidad de aplicación de las moratorias a la libre voluntad unilateral del acreedor, a diferencia de la moratoria legal. Eso sí, será aplicable a cualquier contrato de préstamo, crédito o arrendamiento financiero.

Presuponiendo la existencia del acuerdo marco, el pacto entre acreedor y deudor se desarrolla en la esfera estrictamente privada con contenido legal y tasado: supone un aplazamiento de pago, sin perjuicio del devengo de los intereses pactados, que dará lugar



alternativamente a (i) la redistribución de las cuotas o bien (ii) a la ampliación del plazo del préstamo inicial.

Si se pacta la ampliación del plazo se podrá extender el seguro de protección de pagos y cobrar la prima correspondiente, pero fuera de ello y dada la excepcionalidad de la norma y su restringido ámbito de aplicación (el acuerdo marco sectorial por el COVID19) queda prohibido (i) modificar tipo de interés, (ii) cobrar otros gastos o comisiones, (iii) comercializar nuevos productos vinculados o combinados y (iv) pactar garantías adicionales.

En todo caso, cuando el deudor tenga derecho a moratoria legal y además se pacte la convencional, quedarán acumuladas en un único acuerdo. Sensus contrario, esta disposición legal habilita para entender que, si la modificación se extiende a otros elementos del contrato, se aplicarán las reglas de la novación ordinaria.

Crítica del sistema

Desde luego el legislador ha atendido con rapidez la necesidad que la realidad social ha puesto sobre la mesa, pero lo hace dando la espalda a principios y normas que consideramos fundamentales, en un extraño giro de consecuencias imprevisibles.

Primero. El ámbito subjetivo

Y es que el legislador español sigue en su línea de distinguir entre personas físicas y personas jurídicas como si estas últimas no necesitasen protección alguna y, por tanto, regulando las instituciones a espaldas de la demanda real.

Como hemos visto, el RDL 8/2020 se refiere a personas físicas en situación de vulnerabilidad y el 11/2020 lo extiende a los “autónomos”, empresarios y profesionales, pero la crisis generada por la epidemia afectará por igual a quienes ejercen su actividad en nombre propio y a las empresas que adoptan la forma de sociedades limitadas unipersonales o a las pequeñas sociedades, de carácter familiar y cerrado, que deberían tener la misma protección, si no más, que las personas físicas¹².

Por otra parte, este régimen se hace extensivo a fiadores y avalistas; sin reparar en que el hipotecante no deudor, situación muy frecuente en la práctica, no está expresamente

¹² Pensemos en Manuel Pérez, autónomo en 2019, que ha optado por continuar su actividad a través de una sociedad limitada, constituida en 2020 bajo el nombre “Manuel Pérez S.L.U.” precisamente para la compra de un local en el que está ejerciendo su actividad.



reconocido y que en buena lógica podría oponer la excepción por evidente analogía en cuanto no deja de ser un garante de obligación ajena¹³.

Segundo. El otorgamiento

El preámbulo del RDL 15/2020 resulta prometedor cuando, precisamente tratando de las novaciones hipotecarias señala como *“imprescindible el otorgamiento del instrumento notarial por cuanto es un documento público, con el valor y certeza que ello supone respecto de los elementos esenciales del negocio y por cuanto, en el caso de bienes o derechos inscribibles, el otorgamiento facilita la inscripción en el Registro Público correspondiente”* y añade que a través del registro *“se tutelan no solo los propios derechos e intereses del deudor, sino también los del acreedor y, muy especialmente, los de toda la ciudadanía (...) que permite la seguridad en el tráfico de bienes inscribibles que, de esta manera, mantienen su valor económico”*.

Sin embargo, al igual que ocurre con las “moratorias legales”, se habilita el otorgamiento unilateral por parte del acreedor en los casos del Art. 8º, pero no se atiende a la naturaleza jurídica del pacto porque, mientras en la moratoria legal se trata, como hemos indicado, de una solicitud del deudor de efecto automático, en la moratoria sectorial la norma regula un auténtico acuerdo de voluntades que se desarrolla en la esfera estrictamente privada entre las partes, alejado del documento público y desplazando el control de legalidad notarial a un momento posterior.

Se consagra así una asimetría informativa que, en condiciones normales, intenta corregir el Reglamento Notarial al establecer, en su Art. 147, que *“sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas (...) propuestas por la otra (...) y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”*. En esta clase de novaciones de moratoria sectorial, como también en las moratorias legales, el deudor pierde ese beneficio al consentir en un documento privado bancario, mientras que el acreedor, que no necesita en principio corrección de la asimetría informativa, es quien otorga el instrumento público.

Si, por razones de política legislativa y de urgencia, el objetivo de la moratoria sectorial era que el banco, por su propia voluntad (acuerdo marco mediante) concediese un plazo a su cliente, hubiera sido mucho más sencillo acudir a la *“promesa de no pedir”* que expresamente recoge el artículo 144 de la Ley Hipotecaria y que el acreedor podría otorgar de forma unilateral sin retorcer los cimientos del sistema.

¹³ V. Gr. Hipoteca de bienes de los padres en garantía de deudas de los hijos para vivienda habitual de estos.



Rechazada la opción anterior y si se requiere el acuerdo de voluntades, más lógico hubiera sido acudir a la formalización notarial *ab initio*, sometiendo el suministro de la información precontractual al mismo canal previsto en la Ley 5/2019 para el acta de transparencia regulada en su artículo 15, aunque se trate de información simplificada, ya que el mecanismo, rodado y probado, se ha demostrado eficaz y sin tacha posible.

Tercero. La información precontractual

Mientras en la moratoria legal el legislador interpreta que el deudor no necesita ningún tipo de protección, en la sectorial exige, en línea con la Ley 5/2019, que reciba una “información precontractual simplificada” en sustitución de la más completa que se le entregaría en condiciones normales¹⁴. Dicho de otro modo, el suministro de la información precontractual que garantiza el cumplimiento del principio de transparencia material y la verificación de su cumplimiento por acta notarial, con los que la Ley 5/2019 puso coto a una conflictividad sin precedentes en nuestro sistema hipotecario, se llevan a la mínima expresión en el ámbito de la moratoria sectorial.

En efecto, el Art. 8.4º establece que “*el notario autorizante deberá en todo caso comprobar que por la entidad financiera se ha proporcionado al deudor la información simplificada prevista en el artículo 7, y rechazar el otorgamiento cuando no se ajuste a lo previsto en este artículo y en los artículos 6 y 7*”, de modo que una modificación del contrato que, normalmente ya ha comenzado a desplegar sus efectos inter partes, debe someterse a subsanación o a rechazo cuando se detecte el incumplimiento de algún requisito.

Asimismo, en el entramado normativo de la Ley de Crédito inmobiliario, la propia Ley 5/2019 recoge la FEIN en su Anexo I y se desarrolla en un reglamento (el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril) y en varias instrucciones de la DGRN. Por el contrario, el RDL 19/2020 se limita a establecer el contenido mínimo de la citada información precontractual simplificada, sin más, siendo a nuestro juicio conveniente que se desarrolle esta materia por disposiciones adecuadas. Tal vez resultase aclaratoria una circular del Banco de España o una instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹⁵ para normalizar dichos documentos.

Otro problema práctico será el traslado de la información precontractual simplificada al notario, porque si bien el RDL 19/2020 prevé que se entregue por el banco al deudor “en

¹⁴ El Art. 7.9 excluye la aplicación de los artículos 10, 11, 12, 14 y 15, el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, así como de los artículos 7 a 12 y 14 de Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

¹⁵ Denominación actual de la anterior Dirección General de los Registros y del Notariado.



soporte duradero” e incluso por vía telemática, no prevé cómo debe llegar al notario. Integrando la norma con la Ley 5/2019 hay que entender que debe llegar por medio de la plataforma telemática habilitada por ésta última al efecto, como garantía de trazabilidad y de autenticidad.

A los efectos de su conservación el Art. 8.2º prevé su protocolización, lo que merece otra reflexión adicional. Considerando la intención del legislador de reducir el coste arancelario, ya que se aplica el mismo que se prevé para las moratorias legales, creemos conveniente acudir al sistema que expresamente sanciona la Instrucción de 20 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En ella señala la *“conveniencia de reducir los costes inherentes al acta, en particular los de encuadernación y conservación del protocolo”* e indica, como alternativa a la protocolización, el *“depósito de dicha documentación en el archivo del notario mediante un fichero electrónico identificado por su HASH de modo que se asegure la conservación del archivo electrónico y la posibilidad de comprobación y prueba fehaciente del contenido de dicho fichero, para la expedición de ulteriores copias del acta incorporando el documento depositado o su traslado a papel”*. Finalidad esta totalmente coincidente con la exposición de motivos del RDL 19/2020 que considera aconsejable *“(i) potenciar el uso de canales telemáticos como complemento a los hasta ahora prevalentes, de un lado, y (ii) aligerar los trámites a realizar en el proceso de elaboración y adopción del acuerdo de moratoria, de otro”*.

Cuarto. La libre elección de notario

Un efecto del sistema que hubiera sido bueno limitar, es el de la concentración de los otorgamientos en determinados despachos notariales. Evidentemente si el banco pone en marcha la moratoria sectorial por su propia voluntad, manifestada en la incorporación a un acuerdo marco, tiene la potestad de otorgar la escritura de forma unilateral y además se pone a su cargo en exclusiva el coste de formalización (notaría y registro) parece deducirse, en principio, que tendrá la posibilidad de acudir a la notaría que considere oportuno.

Sin embargo, este sistema supone una excepción al principio general de libre elección de notario¹⁶ y en particular a lo previsto en el artículo 126 del reglamento notarial cuyo párrafo 2º expresamente prevé que *“en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin*

¹⁶ Artículos 126 y concordantes del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 en su redacción posterior a 29 de enero de 2007.



embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio”.

Naturalmente cuando el deudor exprese su voluntad de comparecer ante notario (Art. 8.1.b. del RDL 19/2020) deberá respetarse este principio de libre elección, pero también en los casos de otorgamiento unilateral ya que para nada debería imponerse al prestatario la carga de conocer en qué notaría se formaliza la novación de su préstamo hipotecario ni de acudir posteriormente a un notario *que carezca de conexión razonable* para obtener información, asesoramiento o copias de un título que afecta directamente a sus derechos.

Conclusión

La duda, para ir concluyendo, es si cabía alguna alternativa igualmente eficaz para alcanzar el mismo objetivo, pero sin renunciar a la seguridad jurídica que caracteriza nuestro sistema hipotecario. Y la respuesta tiene que ser afirmativa.

Ya hemos indicado que lo fácil hubiera sido acudir a la promesa de no pedir por la entidad acreedora, pero más aún. Sin perjuicio de la libertad de cada entidad financiera para acogerse a un “acuerdo marco sectorial” y una vez dentro de él, la decisión de poner en marcha la moratoria debería haberse dejado en manos de la parte deudora quien, por su voluntad y con un asesoramiento previo y una adecuada información precontractual simplificada, podría poner en marcha el sistema mediante el otorgamiento, directamente, en documento público notarial.

Es evidente que, ante una situación de pandemia, con la movilidad de los ciudadanos restringida al mínimo por causa de seguridad sanitaria extrema, los mecanismos tradicionales no son adecuados, pero el uso de la vía telemática a través de la sede electrónica notarial hubiera sido coherente, como mínimo, para el traslado de la información precontractual simplificada y para el asesoramiento previo, en coherencia con la finalidad, expresamente declarada en el preámbulo del RDL 19/2020, cuando pone de relieve que las limitaciones de los desplazamientos en las normas que declaran el estado de alarma aconsejan *(i) potenciar el uso de canales telemáticos como complemento a los hasta ahora prevalentes, de un lado, y (ii) aligerar los trámites a realizar en el proceso de elaboración y adopción del acuerdo de moratoria, de otro.*

Nunca es tarde.