



UN MODELO CONTRACTUAL PARA COVID-19: LAS MORATORIAS COMO BONOS A LA VISTA*

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

Fecha de publicación: 02 de mayo de 2020

Las moratorias COVID-19 podrían configurarse de manera que incrementaran la renta del consumidor, sin afectar sustancialmente a los intereses de la contraparte. La inspiración para este trabajo es deudora del artículo de GOMEZ POMAR y GANUZA, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, que el primero me envió antes de su publicación en Indret.

Remedios Covid. Llamamos “remedios contractuales COVID-19” al paquete normativo de medidas aparecidas desde el RD 463/2020 hasta (de momento) el RDL 16/2020, y que tenían por objeto modificar de alguna manera el *status quo* del Derecho contractual preexistente a la eclosión de la pandemia. Estos remedios adoptan modalidades típicas, que pueden repetirse en diferentes contextos de urgencia social. Así: suspensión a demanda o por ley de determinadas obligaciones contractuales (cfr. art. 34 RDL 8/2020, arts. 42, 44 RDL 11/2020), suspensión legal de determinados mecanismos legales o contractuales de actualización de pagos (art. 4.3 RDL 8/2020), derecho a provocar

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” del que soy Investigador Principal con la profesora Encarna Cordero Lobato y en el marco de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y a la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 del que soy Investigador Principal con la profesora Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Definitiva de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2020.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>



unilateralmente una alteración contractual (art. 43 RDL 11/2020) prohibición legal de la suspensión o corte de suministros en escenarios de incumplimiento contractual- regla de no interrumpibilidad (arts. 4.1 y 18 RDL 8/2020, art. 29 RDL 11/2020), prórrogas legales de contratos (arts. 4.2 RDL 8/2020 y 28 RDL 11/2020: bono social; art. 2 RDL 11/2020: arrendamientos de vivienda) o de cumplimiento obligacional (art. 34.2 RDL 8/2020; 36.4 RDL 11/2020), suspensión de plazos para el ejercicio de derechos contractuales (art. 21 RDL 8/2020; art. 44 RDL 11/2020), moratorias temporales de pago en contratos de larga duración (art. 15 RDL 8/2020; arts. 4, 9, 23, DF 1ª RDL 11/2020; art. 1 RDL 15/2020; DF 4ª RDL 16/2020).

Remedios afectos necesariamente a un contexto. Entre los remedios expuestos existen unos, que denominaremos *afectos a un contexto situacional* determinado, que no pueden desgajarse o movilizarse fuera de la situación contractual considerada por la norma, como activos contractuales inmovilizados. Es fácil así comprender que si el art. 36.1 RDL 11/2020 concede (reitera, mejor) un derecho de resolución por imposibilidad sobrevenida por la contraparte, este derecho de resolución sólo puede hacerse *en ese contexto* y no se puede *almacenar* para su empleo estratégico en otro tiempo y en otra ocasión. La prórroga arrendaticia de seis meses del art. 2 RDL 11/2020 sólo puede aplicarse en ese contrato y en el preciso momento en que el contrato se extinguiría ordinariamente por el cumplimiento de plazos. Si hay prevista una suspensión de contratos bilaterales por causa de una imposibilidad COVID, entonces no se puede desafectar este derecho de suspensión de esta contingencia precisa.

Remedios no afectos. Hay un segundo tipo de remedios que no están afectos necesariamente a una contingencia contractual determinada. O mejor, que podrían desafectarse de una contingencia de ocasión y tiempo determinados. Pensemos en los privilegios consistentes en moratorias de pago (de cuotas de un crédito, de rentas arrendaticias), que pueden comportar o no una suspensión de contrato (sí en el caso de las moratorias crediticias; no en las arrendaticias, porque el arrendador sigue estando obligado a prestar el uso contratado). Imaginemos igualmente una pura y simple suspensión o alteración del contrato sin ninguna causalización especial, como en los arts. 42 y 43 (suministros eléctricos o de gas) RDL 11/2020. Estos remedios son susceptibles de articularse de una manera *descontextualizada*, aumentando de esta forma la *utilidad del consumidor* (que puede ser consumidor en sentido estricto o agente económico vulnerable, según los casos). Vamos a considerar las moratorias.

Desafectar las moratorias. Por lo general, las normas COVID-19 responden en materia de moratorias de pago a un patrón definitivo. Durante o/y en un tiempo determinado posterior a la extinción del estado de alarma, o durante un tiempo posterior a la entrada en vigor de la norma en cuestión, el beneficiado puede imponer a la otra parte (bajo



condiciones precisas que ahora no importan) la moratoria correspondiente, que durará un tiempo determinado o que durará como máximo un tiempo determinado (art. 12 RDL 8/2020, modificado por la DF 1ª RDL 11/2020; art. 4 RDL 11/2020, modificado en este punto por la DF 4ª RDL 16/2020; art. 23 RDL 11/2020). Esto significa que los derechos o privilegios en cuestión tienen que hacerse valer *necesariamente en un horizonte temporal cercano al COVID o (si se puede hablara así) al post-COVID*. Pero esta constricción está basada en una presuposición que el tiempo futuro puede arruinar; a saber, *que lo más duro para los vulnerables va a ser el tiempo inmediato que sigue a esta cuesta de mayo*. Muy bien puede ocurrir que no sea así, por la singularidad de cada supuesto personal y por la absoluta incertidumbre de la evolución de los próximos meses o años, en un horizonte temporal donde no disponemos aún de una vacuna contra el virus. Puede ocurrir que en esos momentos *cercanos al impacto* el sujeto haya disfrutado de las ventajas de un préstamo ICO o esté cobrando subsidio de desempleo de resultados de un ERTE y no necesite echar mano de la moratoria.

La moratoria como un bono líquido. Imaginemos que los remedios consistentes en una moratoria pudieran ser movilizados como un activo patrimonial no afecto al contexto temporal y pudieran ser ejercitados, hechos valer, según conveniencia, por su beneficiado, siempre en el tiempo contractual del que dispone. Es decir, la moratoria *como un bono (relativamente) a la vista*. De esta manera, las normas deberían ser reformuladas en el sentido de que determinados sujetos resultarían adjudicatarios de un bono-moratoria de tres, cuatro, etc. meses, que podrían hacer valer *en el momento que más les conviniera*, siempre dentro del período temporal del contrato; debería permitirse también el aprovechamiento parcial del bono y no imponer su empleo por un tiempo total indivisible. Unas veces la moratoria extendería el tiempo de duración del contrato (moratoria de contratos de crédito), otras veces estaría restringida por el tiempo de duración inicial (arrendamiento), lo que comportaría para el beneficiario la carga de concentrar luego los pagos suspendidos. Cada beneficiario podría hacer uso del bono en el momento en que el post COVID más *le doliera*.

Condición de liquidez absoluta. Una condición imprescindible para atribuir a la moratoria la naturaleza de un bono (casi) a la vista es que los privilegios que la norma atribuya tengan que formularse de manera absoluta, sin matices, sin ponderaciones, sin condiciones, sin negociaciones previas. Como un bono ordinario, nuestro nuevo bono debería ser autoejecutivo y, por supuesto, su ejercicio no podría paralizarse mientras se debate en juicio la procedencia o no del derecho. Es decir, un derecho con una liquidez casi tan alta como una promesa abstracta de pago incorporada en un pagaré cambiario. Y esto no siempre lo consiguen las normas COVID. La moratoria arrendaticia del art. 4 RDL 11/2020 no puede funcionar como bono, porque su duración está en función de una ponderación (*“afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma decretado por*



el Gobierno y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses”). Lo mismo ocurre con la moratoria arrendaticia, y por la misma razón, del art. 1 del RDL 15/2020. La ponderación debería eliminarse ya mismo, antes de que se genere un estado de cosas que haya de acabar en los tribunales, ya colapsados.

Excursus sobre la liquidez del remedio COVID. Un ejemplo de solución ineficiente es la contenida en la norma alemana COVID-19 que impone un aplazamiento general hasta el próximo 30 de junio de 2020 del pago de las deudas debidas por consumidores y pequeñas y medianas empresas que sean exigibles conforme a contratos de tracto sucesivo concluidos antes del 8 de marzo de este año. El aplazamiento general está sujeto a requisitos y no se aplica a determinados contratos, como el de arrendamiento, que han sido objeto de medidas específicas. La norma alemana añade al final, empero, que el acreedor puede oponerse al aplazamiento si el retraso le genera un perjuicio económico que afecta a su subsistencia. Es notorio que la norma es inútil, porque el acreedor siempre hará valer tal excepción y el conflicto queda servido para los tribunales, porque el aplazamiento general no es autoejecutivo. Es lo mismo que ocurre con el art. 36.1 del RDL 11/2020, si no se interpreta adecuadamente. El deudor empresarial de la prestación imposible en su cumplimiento, pero que ya ha cobrado, tendrá que ofrecer soluciones alternativas que conforme a lo exigido por la buena fe restablezca el equilibrio contractual, y, si no hay acuerdo en 60 días, el contrato queda resuelto. La expresión legal relativa al tipo de esfuerzo que tiene que hacer el deudor profesional es un error, porque puede dar a entender que el profesional puede negarse a la resolución y devolución con el argumento de que hizo al consumidor una oferta *que ningún acreedor de buena fe podía rechazar*, queriendo neutralizar con el art. 7 CC el derecho de resolución; lo que privaría de autoejecutividad al remedio resolutorio. Y, finalmente, imaginemos el absurdo de conceder un remedio-COVID sujeto a la condición de que se dieran los requisitos para que procediera la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Más aún, la cláusula *rebus* es un remedio tan ilíquido que, en un escenario de justicia colapsada, debería estar sujeto al mismo aplazamiento que las solicitudes de concurso conforme al RDL 16/2020: una norma sabia por la que se ordenara que hasta 1 enero 2021 (prorrogable) no se admitieran demandas ni reconveniciones fundadas en la cláusula *rebus*.

Modificar el art. 4 RDL 11/2020. El art. 4. 2 b) de esta norma (moratoria de rentas en arrendamiento de viviendas) está construido de manera tan deficiente, por razones ajenas a nuestra actual ocupación, que ya por eso debería ser sin más reconstruido. En lo que ahora importa, habría que reconfigurar las condiciones de ejercicio de ese derecho para que pudiera funcionar como un bono líquido. Para empezar, el tiempo de ejercicio debería ser cierto y no sujeto a condiciones ponderativas o potestativas. En segundo lugar, habría



que suprimir el *ius electionis* del arrendador. No para transferírsele al arrendatario, sino para eliminarlo sin más. En efecto, al arrendatario no se le podría conceder un bono-moratoria, porque, de una manera u otra, tendría que ponerse en orden en los pagos en las mensualidades sucesivas de renta, con una pensión arrendaticia acrecentada que doblará o triplicará la renta ordinaria. *No se puede suponer honestamente* que un arrendatario vulnerable vaya a estar en condiciones de hacer este sacrificio económico en tiempos del post-COVID, por lo que quedaría como deudor incumplidor, causando al arrendador el doble daño, de la moratoria primero, y del impago global después por causa de la moratoria. En consecuencia, habría que reformular el precepto de forma que al arrendatario se le atribuyera un bono líquido consistente en la *condonación de la mitad de la renta*, que podría hacer valer en cualquier momento mientras el contrato (y sus prórrogas) se mantenga.

El dilema del “bono largo”. Un bono utilizable en un contrato de larga duración, como previsible lo será el préstamo hipotecario, tiene más valor que un bono circunscrito a un contrato corto. Pero es también más productivo de oportunismos o sesgos. Nadie puede predecir que el Gobierno español no se enfrente en el futuro a un recrudescimiento de las condiciones sociales COVID o post-COVID y que, por ello, vuelva a conceder moratorias hipotecarias, de las que podrán aprovecharse también los deudores que hubieran disfrutado de una moratoria previa. No podrá impedirse esta acumulación temporal de privilegios, pues la urgencia que toca subsanar es la que cada día viene, no la que pasó, y el agua pasada no mueve el molino de la necesidad nueva. En estas condiciones, el deudor vulnerable hoy ejercitará inmediatamente el bono, en la esperanza de que, si la cosa no mejora para todos, el privilegio legal será recurrente. Bien, pero el deudor es quien corre el riesgo de la decisión; puede que no haya más chollos de esta clase en el futuro. Para incentivar que el deudor practica la sabia política acumulativa de la hormiga, y no el dispendio incurioso de la cigarra, se podrían hacer acumulables las (eventuales) moratorias, aunque el deudor no hubiera agotado la primera.

Las “condiciones iniciales”. En todos los supuestos de moratoria COVID se exigen unas condiciones subjetivas especiales, bien en el beneficiado por la norma (vulnerabilidad, por ejemplo), bien en ambas partes (vulnerabilidad *versus* “grandes tenedores”). Sería preciso establecer que la existencia de tales condiciones se determinaría en un momento cercano al impacto, sustancialmente, creo, cuando terminara el estado de alarma más un colchón de tiempo de un mes adicional. Una vez adquirido el derecho al bono, ya no debería perderse por alteración sobrevenida de las condiciones subjetivas de las partes; se trataría de un *derecho adquirido*.