

TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz. *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 256 págs.

por

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Civil. Universidad Carlos III de Madrid

No es frecuente que dos profesoras universitarias investiguen conjuntamente en una materia tan compleja e importante, como es el Derecho de sucesiones, sobre la que han impartido numerosos cursos y conferencias y escrito artículos y libros de amplia repercusión, empezando por sus respectivas tesis doctorales, relativas al testamento ológrafo y la distribución de toda la herencia en legados. También forman parte del grupo ACTUALIZA y del movimiento CARMONA, cuyos planteamientos se reflejan en la obra que es objeto de la presente recensión.

El tema sobre el que versa la investigación no puede ser más sugerente, ya que en torno a él existe en la actualidad un acalorado debate, que alcanza su máxima expresión cuando se aborda el tema de la legítima. Antes de tener el libro entre mis manos, creí que casi todo su contenido iba a girar en torno a este tema clásico, siendo consciente que hace algún tiempo las autoras intervinieron como ponentes en un debate sobre la libertad de testar, con nutrida concurrencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, y tras sus intervenciones, casi todas las cuestiones se centraron en la justificación o no de la legítima en la sociedad actual. Como se observa en el capítulo 4, muchos pensarán que en un ensayo que lleva por título «la libertad de testar», el tema de la legítima debería ser el central, sino el único, objeto de debate en la medida en que se considera el más importante freno a la libertad dispositiva del causante. No obstante, esto es un espejismo, porque se aborda la materia con un alcance mucho más amplio, lo cual está plenamente justificado, porque se trata de uno de los principios fundamentales en materia sucesoria, en la actualidad y a lo largo de toda la historia del Derecho. También hay que destacar que la legítima es mucho más que un límite a la libertad de testar.

Se subraya el carácter polisémico del principio de libertad de testar, distinguiéndose entre la libertad positiva o libertad para testar y la libertad negativa o libertad de testar en sentido estricto, las cuales están claramente conectadas y pueden llegar incluso a converger. La libertad de testar en sentido negativo consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio, incluyendo el denominado patrimonio moral, sin que otros se interpongan en esa actividad. En sentido positivo, la libertad de testar implica la de tomar las propias decisiones

con plena validez jurídica, suponiendo la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad.

La Constitución y los derechos humanos influyen en la libertad de testar. El artículo 33 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la herencia como parte no escindible del derecho a la propiedad privada recogido en el mismo precepto. Sin embargo, el ámbito moderno del Derecho de sucesiones va más allá de las meras relaciones patrimoniales que derivan de la propiedad de los bienes para proyectarse también sobre aspectos que afectan a cuestiones de índole extrapatrimonial, como sucede con ciertos aspectos de los derechos de la personalidad, las relaciones de filiación o, en general, otras facetas ligadas al llamado patrimonio moral que no se conectan con la propiedad privada y que más bien parecen relacionadas con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, parámetros estos recogidos en el artículo 10 de la Constitución. Además, la protección constitucional de la herencia se proyecta tanto sobre el propietario causante de la sucesión, como respecto a los receptores de la misma. Tampoco puede pasar desapercibida la relación entre herencia y familia, institutos garantizados por la Constitución, cuya vinculación es evidente a lo largo de la historiografía jurídica y que ha sido puesta de manifiesto en un ordenamiento relativamente próximo al nuestro, como el alemán, donde el Tribunal Constitucional, en una trascendental sentencia, de 19 de abril de 2005, afirma que el derecho a la herencia no solo protege al testador, sino también a los herederos, resaltando su vinculación con el derecho de propiedad y con la protección de la familia.

La libertad de disponer por causa de muerte tiene un fundamento propio que no coincide con el de contratación, porque en esta última el engarce constitucional ha de buscarse principalmente en el artículo 38 de la Constitución, sin que podamos dejar de mencionar también la ligazón con los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad. Por ello, los límites impuestos a una y otra son bien distintos en ambos casos e incluso a veces aparentemente contradictorios, como sucede por ejemplo con las disposiciones condicionales. No obstante, en las últimas décadas la autonomía privada de carácter contractual ha pasado de ser una alternativa al testamento por suponer atribuciones patrimoniales *mortis causa* realizadas en formato puramente contractual.

Se subraya la importancia que sigue teniendo el testamento en la transmisión intergeneracional de la riqueza. Por tratarse del instrumento central del Derecho de sucesiones, en palabras de DíEZ-PICAZO, se muestra su significado, haciéndose hincapié en sus características, desde su carácter formal, que es una garantía del respeto a la voluntad del testador; hasta su consideración de acto unilateral y personalísimo, constituyendo, en su contenido típico, un acto esencialmente revocable. Con el fin de proteger la voluntad del testador existe una garantía *ex post* derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento, aunque su alcance es muy restringido, por lo que debe ser conectada y completada con la solución *ex ante* que impide en todo caso la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que por su peculiar relación con el testador pudieran hipotéticamente influir de modo pernicioso en su voluntad, y ciertos supuestos de la llamada indignidad para suceder aplicables a la sucesión testamentaria se sitúan en esta línea de la protección de la voluntad del testador.

Desde el punto de vista del contenido del testamento, es perfectamente posible un testamento que distribuya el caudal relicto a través de legados, supuesto en que además no resulta necesaria la apertura de la situación intestada, tesis mantenida recientemente por las Resoluciones de la DGRN de 19 de abril y 11 de septiembre de 2013. El contenido posible del testamento puede ser tanto pa-

trimonial como extrapatrimonial, prevaleciendo el criterio de considerar como testamento en sentido propio los actos que, cumpliendo con las formalidades testamentarias, carecen de contenido patrimonial e incluso negocial. En cambio, no puede considerarse testamento en sentido propio el conocido como testamento vital o testamento biológico.

El testador tiene derecho a decidir el destino del propio patrimonio de modo consciente y libre. A pesar de ello, esta libertad positiva no carece de amenazas. Se han incrementado las posibilidades de testadores especialmente vulnerables por su edad o por sus condiciones físicas o mentales. A esto hay que añadir otras razones de vulnerabilidad, como las derivadas de las relaciones de dominación o de violencia de las que fácilmente pueden surgir influencias indebidas en la voluntad de otros, todo lo cual explica la preocupación de los ordenamientos jurídicos modernos por este tema.

Tras referirse a la regulación de la capacidad para testar, se subrayan las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que España ratificó el 23 de noviembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 3 de mayo de 2008. Esta Convención recoge un cambio de paradigma sobre la discapacidad, superando la perspectiva asistencial para adoptar otra basada en los derechos humanos y en la dignidad de la persona, lo que implica la consideración de la persona con discapacidad como un sujeto plenamente titular de derechos, en igualdad de condiciones con los demás.

La creciente preocupación por los testadores más vulnerables ha determinado que se abogue especialmente por la necesidad de figuras tendentes a amparar su verdadera voluntad.

En nuestro Derecho, la intervención del notario en el momento de otorgar testamento cumple varios fines garantistas, como el de asegurar la capacidad del testador, la integridad de la voluntad testamentaria y la corrección jurídica del acto.

Se cuestiona si existe un derecho a testar de manera poco convencional, extraña o irracional. Frente a ello, las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia sucesoria ha de buscarse prioritariamente en las reglas, y solo cuando estas no existen o en casos muy excepcionales, en los principios, supuesto en que nos encontramos en el marco de la *Drittwirkung* y los conflictos entre derechos fundamentales. En el resto de las situaciones, que son mayoría, esas limitaciones han de provenir de las normas estrictamente sucesorias y no, por ejemplo, del artículo 1255 del Código Civil, salvo que se trate de pactos sucesorios, en cuyo caso la doble naturaleza contractual y sucesoria puede exigir el doble recurso a ambos tipos de reglas. Tampoco cabe el recurso al artículo 1902 del Código Civil y en definitiva, a las normas de la responsabilidad civil, a fin de vadear las normas propiamente sucesorias. Desde esta perspectiva, se exponen las consecuencias desde el Derecho vigente, teniendo en cuenta que los criterios de actuación que el legislador considera más adecuados y que equilibran mejor los intereses que concurren en toda relación jurídica entre sujetos están en las reglas del Derecho sucesorio, que se recogen en el Código Civil y en las normas de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho Civil, en todas las cuales aparece un buen elenco de normas sucesorias, siendo, no obstante, factible la aplicación de los principios ordenadores contenidos en las cláusulas generales relativas a la moral y el orden público en casos concretos, en la medida en que no sean una vía de elusión de aquellas reglas, por hipótesis, plenamente válidas y eficaces. Prescindiendo de los límites a la libertad de testar derivados de las normas imperativas que tutelan la legítima, cuestión que se analiza más adelante,

y algunos otros límites, se tienen en cuenta sobre todo los artículos 767, 792, 793 y 794 del Código Civil y diversas disposiciones autonómicas.

Una vez realizado este análisis normativo, se entra de lleno en el tema de la legítima, que no es ni mucho menos el objeto exclusivo de la investigación, como límite negativo a la libertad de testar, porque existen otros en el Código Civil, de indudable importancia, como las reservas, la reversión legal del artículo 812, las vinculaciones temporales previstas, por ejemplo, en los artículos 781 y 785 o las prohibiciones de disponer testamentarias, a las que aluden el propio artículo 785.2 y el artículo 26. 3 de la Ley de Hipotecaria.

Se plantea el problema de la justificación o no de la legítima en la sociedad actual, haciéndose referencia a las soluciones imperantes en el panorama legislativo comparado, como tarea previa para reflexionar sobre su posible modificación en el Código Civil.

Se parte de la complejidad del tema y de su carácter eternamente recurrente, como demuestra el debate ya existente en la época de la elaboración de nuestro Código Civil. Clásica es la cita de las páginas dedicadas por SÁNCHEZ ROMÁN a la cuestión de si es preferible o más conforme a Derecho un sistema de libertad de testar o uno de legítimas, quien ya anticipaba muchos de los argumentos barajados en el momento actual. La cuestión no era ajena al problema más general relativo a si el Código había de seguir la tradición castellana o aproximarse a los territorios forales.

Teniendo en cuenta la experiencia alemana, se alude en primer lugar a la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad de una hipotética norma que optara por una supresión de la legítima, en cualquiera de los territorios con Derecho civil propio, o en nuestro Código Civil. El Tribunal Constitucional alemán, en la sentencia de 19 de abril de 2005, considera que esta institución tiene carácter imperativo, siendo expresión de la solidaridad familiar fundada en el artículo 6 de la Ley Fundamental. Por ello la regulación de la legítima en el BGB es constitucional e inconstitucional su hipotética supresión. Esta doctrina ha determinado que en la reforma del Derecho de sucesiones operada en 2010 se mantuviera en sus aspectos esenciales la regulación de la legítima. En los países de tradición jurídica continental existe también un gran debate, sin que en ninguno de ellos se haya optado por la abolición total de la legítima, lo que debe hacernos pensar sobre la conveniencia de introducir cambios radicales. En nuestro Derecho, la legítima es uno de los mecanismos posibles para cumplir el mandato constitucional de protección de la familia (art. 39), de modo que no sería estrictamente exigible por el texto constitucional el reconocimiento por el legislador de una legítima con contenido material, aunque probablemente sí se pide al menos una garantía de índole formal.

Las autoras se refieren a los rasgos comunes en la evolución de la legítima, señalando que no faltan opiniones que *lege ferenda* son favorables a sus sustitución por una institución con fundamento puramente alimentista, opción que no es novedosa porque, como evidencia VALLET DE GOYTISOLO, en los siglos XVI y XVII hubo autores que consideraron la posibilidad de que se redujera la legítima a un mero derecho de alimentos caso de precisarlos. Sin embargo, no creen que esta solución sea idónea, pues ni tienen el mismo carácter; ni responden a los mismos presupuestos.

En relación con las posibles líneas de futuro, parece consolidarse la opción de sustituir la legítima *in natura* por la legítima como derecho de crédito pagadero en dinero. En la línea de adelgazar y flexibilizar la legítima, se apunta también la predisposición a proteger las donaciones del causante frente a las pretensiones

de los legitimarios. Por otro lado, igualmente se observa la tendencia común a flexibilizar el pago, incluyendo la posibilidad de hacerlo de modo diferido. Asimismo, también constituye una tendencia clara en el ámbito comparado que se extiendan y modernicen los casos de desheredación de los legitimarios. Otro punto a considerar es el de los sujetos legitimarios, pues mientras en algunos ordenamientos se ha optado en las recientes reformas por una restricción del círculo, donde los ascendientes dejan de tener aquella condición, en otras ocasiones, por el contrario, ese círculo se amplía o intensifica, lo que ha sucedido, señaladamente, con el fortalecimiento de la posición del viudo como legitimario. Si bien en las recientes reformas del Derecho sucesorio europeo los hijos y descendientes continúan siendo legitimarios en todo caso, no resulta extemporáneo plantear, en el camino de minoración de la legítima, si tiene sentido mantener que esto ha de ser así en cualquier caso, o si es es preferible una limitación a aquellos supuestos en la que los hijos o nietos se hallen en una especial situación de necesidad o vulnerabilidad. Se plantea por último la conveniencia de introducir en el Código Civil la posibilidad de la renuncia anticipada a la legítima.

El cambio de paradigma sobre lo que significa la familia o las familias y las relaciones entre sus miembros ha conllevado también algunos cambios significativos en el Derecho de sucesiones. Entre los temas recurrentes está el caso de la tutela jurídica del cónyuge sobreviviente en la sucesión de su consorte, preocupación que ya estuvo muy presente en la elaboración del Código Civil y muy especialmente en su última etapa a finales del siglo XIX. Más de un siglo después la preocupación permanece, si bien ahora parece extenderse también al conviviente de hecho, al menos en aquellos casos en los que convivencia ha sido formalizada o institucionalizada de alguna manera. El reforzamiento de la posición del supérstite se realiza a través de varias vías que tienden a incrementar los derechos legales del viudo en detrimento de la legítima de los hijos, y en su caso, también de la de los ascendientes. No es infrecuente que, anticipando la situación en que se pueda encontrar el viudo, el testador decide imponer un usufructo sobre la totalidad de su herencia a favor de su cónyuge, posibilidad no expresamente contemplada en el Código, pero admitida por la doctrina y la jurisprudencia. De mantenerse la legítima del viudo, la opción ha de ser por la propiedad y no la del derecho de goce.

Entre los temas suscitados por la evolución de las estructuras familiares, la unión de hecho plantea no pocos problemas en el ámbito sucesorio, a los que se enfrentan con frecuencia los tribunales, sin que exista una respuesta directa en el Código Civil. Este tema obliga a hacer un esfuerzo de imaginación y construcción jurídica. Parece preferible más que extender los derechos sucesorios del viudo al conviviente supérstite establecer un sistema flexible que permita reconocerle derechos reales o personales frente a la herencia en función de las circunstancias del caso, conclusión a la que llega la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013.

Una mayor libertad dispositiva puede estar justificada por circunstancias como el deseo de favorecer a los hijos o allegados discapacitados, el garantizar la estabilidad del patrimonio que se quiere transmitir como herencia o la inexistencia de relaciones o malas relaciones entre los progenitores con alguno de sus hijos. Desde una perspectiva contraria, se plantea la existencia de derechos sucesorios en favor de ciertas personas con las que el causante ha mantenido estrechas relaciones de afecto y hasta de dependencia económica. También cabe pensar en los eventuales derechos sucesorios de los cuidadores del testador, lo cual es previsto en algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán y el fran-

cés, y también por el legislador catalán y el gallego. La normativa que figura en ellos pone de relieve las dificultades que suscitan las disposiciones testamentarias destinadas a favorecer a quienes han ejercido las labores de cuidado del testador, así como la dificultad de encontrar soluciones generales que satisfagan *a priori* los requerimientos de todo tipo de situaciones.

Se trata también por su innegable relación con la voluntad del causante, el destino *post mortem* de los derechos de la personalidad y el patrimonio digital.

Muy sugerentes son las ideas que se exponen en torno a la globalización e internacionalización del Derecho de sucesiones, y como consecuencia, a la unificación o al menos aproximación de los distintos sistemas europeos. El hito fundamental lo constituye el Reglamento de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que tiene muchas implicaciones sustantivas.

La obra concluye con el análisis de la perspectiva de género en el Derecho de sucesiones.

El elenco de cuestiones que se tratan pone de manifiesto la importancia de esta obra, que se caracteriza por su enfoque renovador del Derecho de sucesiones, vinculando la libertad de testar a la protección de la persona en todas sus dimensiones. A la claridad expositiva, importante en un tema tan complejo, se añade un esquema realmente logrado, que se articula en cuatro densos capítulos, bien hilvanados. Además, se suministra una información doctrinal y jurisprudencial exhaustiva, de la cual da fe la amplísima bibliografía que figura al final de la obra, con el manejo de las más importantes monografías, de comentarios y de artículos doctrinales que se han publicado en nuestro país y en los de nuestro entorno. Esta obra puede ser de gran utilidad para afrontar la necesaria tarea de reformar el Código Civil en materia sucesoria, porque no solo se plantean con rigor los numerosos problemas que en la actualidad surgen en torno a la libertad de testar, conectados en buena medida a la propia evolución de la familia, sino que además se ofrecen soluciones, todas ellas apoyadas en una sólida argumentación jurídica, con conocimiento de la regulación existente en la actualidad en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que ya se han producido importantes reformas legislativas, a las que se hace una puntual referencia en la obra.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro (Coord.), *La venta extrajudicial de bien hipotecado*. Granada: Ed Comares, 2012. ISBN: 978-84-9836-981-6. 121 págs.

por

ELENA SÁNCHEZ COLLADO
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

El presente volumen se corresponde con las actas de una Jornada de trabajo celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012, auspiciada por la Universidad y por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en relación con el tema expresado en el título. La celebración de la Jornada coincidió preci-

samente con la fecha de promulgación del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, dictado por el Gobierno de la Nación. Dicha Jornada no pudo, pues, resultar más oportuna al efecto de analizar el impacto de tal medida, puesto que, desde la atalaya del tiempo, podemos ver a través de los textos contenidos en este volumen hasta qué punto puede decirse que ha cambiado en los últimos tiempos la situación de los deudores hipotecarios tras la aplicación de esa norma, y las otras muchas que la han seguido hasta la fecha. El libro no puede decirse, con todo, que constituya una mera aportación a la historia del derecho español reciente, sino que contiene además interesantes reflexiones generales respecto a la regulación legal de la problemática de las consecuencias derivadas del sobreendeudamiento de los particulares gravados con la existencia de cargas hipotecarias, particularmente en un contexto de crisis económica como la que ha venido atravesando nuestro país en los últimos años. Se trata, por tanto, de un interesante ejercicio de análisis jurídico y reflexión crítica sobre el alcance y validez del derecho para hacer frente a serios conflictos sociales que afectan a grandes grupos de población, por lo que considero que sigue siendo un libro de muy aprovechable lectura.

La obra se compone, aparte de la Presentación del coordinador, de cuatro aportaciones que se corresponden con las ponencias presentadas en la mencionada Jornada. Los textos se han mantenido en general tal como se presentaron en su momento, con algunas adaptaciones actualizadoras de poca importancia.

El primer trabajo («Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial», pp. 1-31) corre a cargo del propio coordinador del volumen, Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS. En él el autor reclama imaginación y apertura a otras posibles alternativas que el Derecho comparado nos depara en el ámbito de los procedimientos y formas de ejecución hipotecaria, ya sea para obtener una satisfacción más pronta y eficaz del acreedor, ya para no malbaratar los bienes del deudor, ya para atribuir a este un protagonismo que siempre ha sido del acreedor, ya sea en fin, para evitar que aquella satisfacción no suponga el estrangulamiento económico del deudor. A su juicio, la ejecución hipotecaria judicial y en definitiva la subasta judicial distan mucho todavía de representar un trámite eficaz aunque parcialmente trataron de paliarse por la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y sus sucesivas reformas. Las alternativas de que dispone en el Derecho español el deudor hipotecario, persona física o consumidor para evitar la subasta judicial son todas las de *carácter privado* producto del acuerdo: la refinanciación y reestructuración de la deuda, la quita y sobre todo la dación en pago, posibilidades que se contemplaban ya en el Real Decreto-ley 6/2012 parcialmente modificado por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*; las que dentro del proceso de ejecución hipotecaria permite el artículo 691.5 de la LEC, es decir el convenio de realización del valor y la venta por persona o entidad especializada, así como que el acreedor pueda pedir la administración del bien hipotecado (art. 690 LEC). Y finalmente, nuestro Derecho cuenta con la posibilidad —que ha de ser pactada en la escritura de constitución de la hipoteca— de la realización extrajudicial ante Notario del bien hipotecado (art. 129 LH).

El autor se afana en destacar que los Derechos europeos privilegian la vía extrajudicial y ofrecen posibilidades que desconoce o evita el Derecho español, como son entre otras el pacto comisorio y la venta por el propio deudor que contempla el artículo 2201.1 del *Code civil*, al posibilitar que en el transcurso de una primera audiencia ante el juez de la ejecución, pueda el deudor pedir a este que le autorice a vender el inmueble. Por otro lado, un mecanismo alternativo a

la subasta judicial, existente en nuestro Derecho, pero con escaso alcance en la práctica, es la administración para pago, posibilidad anticrética que permite el artículo 690 LEC y que no solo facilita la satisfacción del acreedor, sino que es mucho menos gravosa para el deudor. En el Derecho inglés en cambio, la administración forzosa o *administration order* según la *Law of Property Act* es la forma ordinaria de ejecución para los bienes inmuebles en general. Por otra parte, el Derecho danés fue el primero en introducir en 1984 el *fresh start* consistente en un saneamiento de deudas y en la idea de conceder al deudor sobreendeudado una segunda oportunidad. Después de Dinamarca otros muchos países serían conscientes de la necesidad de encaminar su legislación hacia procedimientos específicos para rehabilitar al consumidor insolvente como Reino Unido, Francia, Noruega, Austria, Luxemburgo... Indudablemente indica el autor, sea cual sea la concepción, los Derechos europeos —incluido el español— están llamados a converger con relación al fenómeno del endeudamiento excesivo.

Agrega el autor que ciertamente se han adoptado medidas de protección directa o que puedan beneficiar al deudor hipotecario, siendo de destacar fundamentalmente las adoptadas por Real Decreto-ley 6/2012, normativa que sujeta a protección al deudor incluido en el umbral de exclusión¹. Tras de la citada reforma llevada a cabo en el 2015, se contempla el sobreendeudamiento sobrevenido o pasivo que el autor criticaba como ausente de la normativa anterior, de suerte que es preciso además para que el deudor que comentamos quede amparado, que en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud de protección, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

Con referencia a la dación en pago que contempla el número 3 del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012 al que dio nueva redacción la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, indica el autor que si bien no es absolutamente obligatoria para la entidad acreedora, puesto que le basta con no suscribir el CBP, debería representar una solución puramente amistosa, producto de la autonomía de las partes, sin salir nunca de ese ámbito. Y concluye que se recela de la dación en pago y no en igual medida del pacto comisorio, debiendo matizarse el alcance de la prohibición del referido pacto que resulta del artículo 1859 del Código Civil y reconocer su admisibilidad, con respeto del límite que supone el enriquecimiento injusto. Dicho respeto puede lograrse con una adjudicación del bien por el valor *actual y total* del mismo. En la actualidad, se ha optado por su permisibilidad en la Unión Europea, salvo en Alemania, Holanda, Portugal e Italia.

El segundo artículo («Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria», pp. 33-71) lo firma el Notario de Madrid Manuel GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS. En este trabajo defiende el autor el interés o ventaja comparativa del procedimiento ejecutivo extrajudicial frente al judicial en atención a su agilidad o rapidez, lo que favorece al desarrollo de crédito, a los acreedores y a los propios deudores. La legitimidad del indicado procedimiento en modo alguno debe presuponer una merma de las garantías jurídicas correspondientes a todos los sujetos implicados, en particular el deudor ejecutado. La posibilidad en general de este procedimiento extrajudicial de ejecución no ha estado sin embargo exenta de dudas, habiendo existido incluso pronunciamientos judiciales del máximo rango que han negado la validez de alguno de estos procedimientos por falta de cobertura legal. Se sorprende el autor, sin embargo, de que en un sistema de contratación en donde impera como regla

general la libertad de forma, si bien nace directamente de la ley la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial de ejecución directa sobre la finca hipotecada, en cambio la viabilidad de entablar el procedimiento extrajudicial de ejecución, no nacería de la ley, sino de un expreso pacto de las partes en el título de constitución de la hipoteca, característica del indicado procedimiento que subsiste tras de la modificación del artículo 129 LH por virtud 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.

El autor destaca asimismo cómo, tras la reforma del RH de 14 de febrero de 1947 por virtud del Real Decreto de 1992, se suscitó el problema de la posible inconstitucionalidad del artículo 129. 2 de la LH en su redacción vigente en dicha fecha, por vulnerar el «monopolio jurisdiccional de las actividades de ejecución» proclamado en el artículo 117 de la Constitución y fundamentalmente el derecho a la defensa judicial del artículo 24 de la norma fundamental, al no posibilitarse la suspensión por una posible oposición judicial. Tras de la ulterior redacción del precepto mencionado por virtud de la LEC 1/2000, de 7 de enero, indica el autor que es indudable que ahora contamos con una norma de rango legal postconstitucional y cualquier procedimiento notarial de ejecución hipotecaria tiene una base legal en el artículo 129 LH. El vigente artículo 129 LH redactado por virtud de la precitada Ley 1/2013, de 14 de mayo contempla la venta extrajudicial realizada ante Notario que deberá ajustarse a los requisitos y formalidades establecidos en dicho precepto, con remisión a lo establecido en el RH y fundamentalmente en la LEC. Singularmente, se contempla la posibilidad de que el Notario suspenda la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario².

El también Notario de Madrid Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA ofrece la tercera contribución del volumen («La ejecución hipotecaria extrajudicial: problemas prácticos y propuestas de reforma», pp. 73-101). Al igual que en el artículo anterior, este autor reclama una reforma de la LEC y del RH de suerte que necesariamente, del mismo modo que en el procedimiento judicial se fije en la escritura el valor de tasación para primera subasta, por no existir límite alguno para la fijación de ese valor, valor que tiene gran trascendencia ya que un porcentaje del mismo sirve de límite para la adjudicación en subasta. En la actualidad el artículo 129 2. a) LH dispone que «El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». En el procedimiento judicial, si el requerimiento de pago no se puede hacer personalmente, se recurre a la publicación de edictos (art. 686.3 LEC); en cambio en el procedimiento ejecutivo extrajudicial, el artículo 236-c. 2 del RH indica que «El requerimiento tendrá lugar en el domicilio que, a efectos de aquel, resulte del Registro y se practicará por el Notario, bien personalmente, si se encontrase en él el deudor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallasen en el mismo y, si no se encontrase nadie en él, al portero o a uno de los vecinos más próximos y en el apartado 4; «Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que

corresponda». El autor estima que, como planteamiento de *lege ferenda*, debería posibilitarse la notificación subsidiaria por edictos también en el procedimiento ejecutivo extrajudicial, pero siempre que la publicación edictal ofrezca realmente al deudor la oportunidad de conocer la existencia del procedimiento, estimando el autor insuficiente la publicación en el BOP que prevé el 236 d) RH³ y considerando conveniente que adicionalmente se establezca una publicidad por Internet, lo que permitiría a cualquier deudor que estuviera ausente consultar la web.

Con relación al procedimiento judicial, el artículo 645.1 de la LEC indica que «A toda subasta se dará publicidad por medio de edictos, que se fijarán en el sitio destacado, público y visible en la sede de la Oficina judicial y lugares públicos de costumbre. La publicidad que para el procedimiento ejecutivo extrajudicial prevé en cambio el artículo 236-f.3 del RH parece más efectiva, aunque en ambos casos en opinión del A. es inadecuada e insuficiente y sugiere que desde el Consejo General del Notariado se cree una aplicación por la que el notario remita a una web central todos los datos relevantes concernientes a todos los bienes que salgan a subasta en toda España.

La descoordinación advertida por el autor entre la LEC y el RH en materia de ejecución sobre la vivienda habitual, se solventaría como el mismo autor indica en su anexo a la ponencia en virtud de la reglamentación que recibirá la expresada materia en el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, subsistente tras de las reformas llevadas a cabo por la precitada Ley 1/2013, de 14 de mayo y por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Como indica el autor se trata de un sistema prácticamente igual al de ejecución hipotecaria judicial, entre cuyas peculiaridades destaca la subasta única, convocada por el tipo establecido en la escritura. Si existen posturas superiores al 70% del tipo, se adjudica al mejor postor; si fuere inferior deudor y acreedor tienen una especie de segunda oportunidad⁴.

Concluye el autor que en general hay que felicitarse por la reforma que inició el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo de aplicación a la mayor parte de las ejecuciones y que coloca al procedimiento extrajudicial al nivel del judicial en materia de garantías del deudor. Y algunas de las medidas que sugiere el autor en orden a agilizar la ejecución se han logrado fundamentalmente con la modificación del artículo 129 LH por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad.

Por fin, la última aportación («El procedimiento de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos», pp. 103-120) es debida al Registrador de la Propiedad Joaquín DELGADO RAMOS, quien principia su trabajo con una alusión a la sentencia del Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, que declaraba la inaplicación por derogación del párrafo 2.º del a la sazón vigente artículo 129 de la Ley Hipotecaria, al ser norma opuesta a la Constitución y la de los artículos 234 a 236-o, ambos inclusive del Reglamento Hipotecario, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. La consideración de derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, supuso la práctica defunción de dicho procedimiento, lo que motivaría una reacción del legislador al reformar, con motivo de la aprobación de la LEC del 2000, el artículo 129 LH, redacción que en opinión del autor confirmaría la desaparición de nuestro ordenamiento jurídico del «anómalo procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», limitándose a conceder al acreedor hipotecario, mediante pacto expreso con el hipotecante,

la posibilidad de proceder por subasta ante Notario a la enajenación del bien objeto de la hipoteca. A juicio del autor, la regulación de la venta extrajudicial que contempla el indicado precepto solo se refiere a la relación interna entre las partes que otorgaron el contrato de hipoteca, y no a la ejecución de la acción real hipotecaria frente a terceros, en base entre otros razonamientos a multitud de preceptos comprensivos de principios generales del derecho, que excluyen expresamente que un pacto entre las partes pueda tener el efecto de cancelar derechos reales anotados o inscritos registralmente a favor de terceros, entre ellos el artículo 1257 del Código Civil y el artículo 82 de la LH.

El autor estima que en la actualidad no existe en nuestro ordenamiento jurídico, por no permitirlo ni la Constitución ni las leyes, un supuesto procedimiento extrajudicial de ejecución de la acción hipotecaria, con virtualidad de producir la cancelación registral de derechos de terceros. Incluso limitado a los simples efectos *inter partes*, el pacto de posible venta extrajudicial, cuando venga predispuerto como condición general de la contratación, entre un predisponente (entidad financiera) y un consumidor, tiene serios riesgos de ser considerado no solo inconstitucional, sino ilegal por abusivo y por tanto nulo, por producir una merma de los derechos y garantías que el consumidor tendría de no mediar tal pacto, fundamentalmente por el menoscabo jurídico e indefensión que le puede ocasionar tramitarse no ante la autoridad judicial, sino ante un notario. También destaca el autor la merma comparativa que el procedimiento extrajudicial puede llegar a suponer para el ejecutado frente a las garantías del procedimiento judicial, problemas que empezaron a solventarse siquiera parcialmente a partir de las reformas llevadas a cabo en virtud del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo mencionado por el autor y de las sucesivas, fundamentalmente representadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo que conferiría al artículo 129 LH su actual redacción que presupone una clara remisión a la LEC en lo concerniente a los tipos y condiciones de la subasta, así como la posibilidad de que el Notario suspenda la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario.

Con esta aportación se cierra este notable volumen que ofrece una sugerente panorámica en torno a diversos aspectos de este problema de la venta de los bienes hipotecados, por desgracia todavía de tan patente actualidad como en el momento de pronunciarse las ponencias que están en el origen de estos artículos y en el de edición del libro. Su lectura, por tanto, dará amplios frutos a quien al día de hoy quiera seguir acercándose a esta intrincada consecuencia de la crisis financiera y la necesaria adaptación del Derecho de garantías al respecto.

NOTAS

¹ En la actualidad y con posterioridad a la publicación del artículo que comentamos, ha quedado modificado por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, el número 1 del artículo 3, de suerte que se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos las circunstancias no de que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, sino que a) el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres, cuatro o de cinco veces, según los casos, el Indicador Público de Renta de Efectos

Múltiples; reduciéndose además la anterior exigencia de que la cuota hipotecaria supere el 60 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar por el 50 o al menos al 40 por cien, según las circunstancias.

² Según el propio artículo 129 LH, La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y el apartado 4 del artículo 695 de la LEC ha recibido nueva redacción en virtud de lo establecido en la Disposición final tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; de suerte que «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4º anterior, podrá interponerse recurso de apelación».

³ Téngase en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 4 de mayo de 1998, declara la derogación del párrafo 2.º del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, al ser norma opuesta a la Constitución y la de los artículos 234 a 236-o, ambos inclusive del Reglamento Hipotecario, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. El artículo 236 RH debe estimarse sin embargo subsistente en materia de notificaciones, en consonancia con lo establecido en el vigente artículo 129 e) LH que remite al RH en todo lo relativo a la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones.

⁴ De no existir ningún postor, el actual artículo 671 LEC redactado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, con posterioridad por tanto a este escrito que comentamos, dispone que podrá el acreedor pedir la adjudicación del bien, si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos; y si se tratare de la vivienda habitual del deudor, por el 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o por el 60 por cien si la cantidad que se le deba por todos los conceptos fuese inferior a dicho porcentaje. Este precepto estimamos que es aplicable al procedimiento ejecutivo extrajudicial dado que el actual artículo 129 LH dispone que los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil.