

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TITULIZACIÓN DE
CRÉDITOS GARANTIZADOS CON HIPOTECA Y EL PROCESO DE
EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN DERECHO ESPAÑOL

(SOME QUESTIONS ABOUT THE SECURITIZATION OF
CREDITS SECURED BY MORTGAGE AND THE PROCEDURE OF
FORECLOSURE IN SPANISH LAW)

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 140-169



Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de abril de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: A pesar de su estrenada regulación por Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, la titulación de créditos hipotecarios continúa suscitando numerosas cuestiones que evidencian una regulación deficiente y una destacada descoordinación normativa, de entre las que adquiere significativo relieve práctico la atinente a la distribución de la legitimación activa ad causam entre la entidad emisora y el partícipe. La indicada cuestión reabre el debate en torno a la necesidad de la constancia registral de la titularidad del crédito asegurado con garantía real hipotecaria para instar la ejecución hipotecaria, atendida la exigencia contenida en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria según redacción dada por 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, vinculada a la circunstancia de que mediante la cesión crediticia al Fondo de Titulización que implica el proceso, de conformidad con la normativa aplicable la entidad concedente deja de ser acreedora del crédito. La situación descrita pone de manifiesto la carencia de una normativa coordinada que posibilite por parte de los operadores jurídicos, a través de los medios que razonablemente se encuentren a su alcance, un conocimiento cierto del ámbito de la legitimación para accionar, lo que ha originado una incipiente corriente judicial que pretende dar solución a esta cuestión negando la legitimación activa de la acreedora originaria en los procesos de ejecución hipotecaria.

PALABRAS CLAVE: titulación crediticia; ejecución hipotecaria; legitimación activa ad causam; préstamo garantizado con hipoteca; mercado hipotecario; constancia registral; cesión de créditos.

ABSTRACT: In spite of its new regulation by law 5/2015, of April 27, to promote business financing, the securitization of mortgage loans continues to raise a number of issues evidencing poor regulation and a lack of normative which acquires significant practical relevance regarding the distribution of the active legitimacy ad causam between the issuer and the participant. The aforementioned issue reopens the debate about the need for a record of ownership of the mortgage credit to encourage foreclosure, in compliance with the requirement contained in article 149 of the Mortgage Law as drafted by Law 41/2007 of July 7. Amending Law 2/1981, of 25 March, regulating the mortgage market, linked to the fact that, through the loan assignment to the securitization fund that involves the process, in accordance with the applicable regulations Grantor ceases to be a creditor. The situation described demonstrates the lack of a coordinated regulation that allows legal operators, through the means that are reasonably available to them, a certain knowledge of the scope of the legitimation to act, which has originated a Incipient judicial current that tries to give solution to this question denying the active legitimization of the original creditor in the processes of foreclosure.

KEY WORDS: Credit securitization; foreclosure; active legitimation ad causam; mortgage loan guaranteed; mortgage market; registration certificate; assignment of credits.

SUMARIO.- I. La titulación de activos.- 1. Concepto.- 2. Tipología.- 3. El proceso de titulación crediticia.- II. Regulación de la titulación hipotecaria.- 1. Precedentes normativos de las titulaciones en España.- 2. El nuevo marco legal: la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.- III. Resarcimiento del crédito hipotecario titulado: cesión del remate e inscripción del inmueble gravado a favor del fondo de titulación.- 1. Consideración general.- 2. Posiciones.- 3. Conclusión.- IV. El conocimiento de la cesión por el deudor cedido.- V. Determinación de la legitimación activa “ad causam” en el procedimiento ejecutivo hipotecario en el supuesto de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas: reapertura del debate en torno a la subsanación de la titularidad registral a los efectos de la reclamación judicial ejecutiva. El carácter constitutivo de la inscripción de las cesiones hipotecarias en el registro de la propiedad.- I. Planteamiento.- 2. Justificación de la necesidad de la constancia registral de la titularidad del crédito para instar la ejecución hipotecaria: de las fusiones y absorciones bancarias a la titulación hipotecaria.- 3. Consecuencia.

I. LA TITULIZACIÓN DE ACTIVOS.

I. Concepto.

Desde una primera aproximación, la titulación de activos (*securitisation*) admite ser definida como el proceso por cuya virtud determinados activos de una entidad financiera, en principio ilíquidos o de escasa liquidez, se convierten en títulos o valores negociables mediante su cesión a un Fondo de Titulación que se encarga de emitir dichos valores con el propósito de ser colocados en el mercado entre los inversores –usualmente institucionales-, posibilitando de este modo a la entidad crediticia transmisora potenciar la financiación de su actividad sin tener que acudir al recurso usualmente más costoso, de la solicitud de crédito o, en su caso menos sencillo, de la ampliación de capital. En definitiva, a través de este transcurso la entidad crediticia originadora consigue transformar una serie de activos, que en principio mantiene en su balance contable, en una o varias secuencias de títulos que finalmente van a resultar colocados en el mercado.

• Carolina del Carmen Castillo Martínez

Licenciada en Derecho por la Universitat de València (1986) en la especialidad de Derecho Privado, con el mejor expediente académico de la promoción 1981-86. Premio Extraordinario de Licenciatura, promoción 1981-86, en la especialidad de Derecho Privado. Doctora en Derecho por la Universitat de València, con calificación “cum laude” (otorgada por unanimidad) con la Tesis Doctoral que llevó por título “Responsabilidad del deudor y responsabilidad del sujeto pasivo de la hipoteca”, leída el 18 de septiembre de 1993. Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia nº 4 de Castellón. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente), actualmente Profesora Asociada de Derecho Civil en el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València, con docencia acreditada durante más de treinta años. Autora de diversos trabajos y estudios doctrinales en el muy variado ámbito de las diferentes materias propias de su área de conocimiento, constando publicadas seis monografías, más de cincuenta artículos doctrinales y numerosas colaboraciones en obras colectivas o en colaboración, además de conferencias y participaciones en cursos. Correo electrónico: carolina.castillo@uv.es

De esta manera el procedimiento permite la transformación de un conjunto de activos financieros sin liquidez, o de escasa solvencia, en un instrumento negociable, líquido y con unos flujos de pago determinados, resultando una técnica ventajosa para la entidad crediticia emisora toda vez que la captación de la financiación se verifica a unos costes convenientes y, por otra parte, permite la diversificación del riesgo de crédito asumido¹. En suma, el desarrollo se basa en una estrategia financiera consistente en la movilización de determinados activos de los balances, que pueden ser tanto de empresas financieras como no financieras, que posibilita la captación de financiación y la promoción de la transparencia de riesgos de la empresa cedente de los activos, aunque realmente sean escasas las empresas no financieras que han aplicado este mecanismo como fuente de financiación que en la práctica resulta reservada de manera esencial a las entidades de crédito².

Con carácter general, el proceso de titulización, por el que la entidad crediticia originadora transforma un conjunto de activos que mantiene en su balance en una serie de títulos que se colocan en el mercado financiero, suele verificarse a través de un vehículo de finalidad especial interpuesto, denominado Fondo de Inversión, independiente de la entidad crediticia originadora y que no es sino el emisor de los –nuevos- títulos cuya solidez crediticia depende en definitiva del riesgo inherente al crédito que conforma la cartera subyacente, en sí los activos movilizados. De esta manera resulta que los eventuales incumplimientos que se sucedan en los activos que integran la cartera titulizada determinarán en principio tanto la suspensión del abono de los posibles intereses que generen los valores emitidos como su progresiva amortización que, de ordinario, no se producirá a prorrata entre sus tenedores sino de manera secuencial, pues una de las características comunes a los procesos de titulización es la constituida por la estratificación del riesgo de crédito, toda vez que las diversas series de valores titulizados resultan emitidos con una concreta estructura de subordinación generando una sucesión de abonos que constituye un factor esencial al tiempo de determinar la prelación en la absorción de las eventuales pérdidas de la cartera subyacente, resultando que los distintos niveles de valores emitidos implican diversos niveles de riesgo y, por consiguiente, de rentabilidad, reflejados asimismo en las calificaciones que conceden las agencias de *rating* a los respectivos tramos³.

Aunque actualmente ampliada en su contenido y propósito esta técnica financiera, gestada en los Estados Unidos de América en la séptima década del

- 1 Cfr. CATARINEU, E. y PÉREZ, D.: "La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial", *Estabilidad Financiera*, núm. 14, 2008, p. 1.
- 2 ARNAL MARTÍNEZ, J. y BRAVO ÁLVAREZ, A. J.: "Un breve estudio de la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial, en *Boletín Económico del ICE, Información Comercial española*, núm. 3067, del 1 al 30 de septiembre de 2015, p. 29.
- 3 CATARINEU, E. y PÉREZ, D.: "La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial", *cít.*, pp. 4-5.

pasado siglo y desde allí exportada a diversos países tanto del ámbito anglosajón como del entorno continental europeo, sin duda, la titulización de activos se ha convertido últimamente en uno de los más relevantes instrumentos de innovación financiera⁴, si bien inicialmente la posibilidad legal de su aplicación se hallaba limitada a los activos del mercado hipotecario.

2. Tipología.

Siguiendo la explicación ofrecida por autorizada doctrina⁵, en función del mecanismo utilizado para la transmisión del riesgo⁶ la tipología internacional de la titulización de activos permite diferenciar entre titulizaciones tradicionales y sintéticas.

Las titulizaciones tradicionales o *cash* son aquéllas en las que por parte de la entidad crediticia se produce la venta o cesión plena de los activos a un vehículo especial que posteriormente emite títulos al mercado, con cuya emisión el intermediario financia la compra de los activos, por lo que esta categoría de titulizaciones siempre implica, por una parte, la existencia de un vehículo especial que se interpone y, por otra, la emisión de títulos pues dicha oferta conlleva la obtención de liquidez para el originador (estructuras *funded*), de manera que a estos valores de titulización, tras el abono de las correspondientes comisiones de gestión y administración, les corresponde un derecho preferente sobre los flujos de capital e intereses de los activos financieros adquiridos (la cartera titulizada), resultando emitidos los valores según un determinado orden de prelación de los pagos.

Frente a las titulizaciones tradicionales se encuentran las sintéticas, que son aquéllas que logran transferir el riesgo de crédito de una cartera de activos mediante la contratación de derivados crediticios o garantías (principalmente *Credit Default Swaps*, CDS) sin que para ello se haga necesario la venta o cesión del crédito, resultando en este caso que los distintos tramos de riesgo de crédito característicos de la titulización (la estratificación) se obtienen mediante la contratación de derivados que los cubren y permiten transferir una determinada parte del riesgo de la cartera titulizada, por lo que en esta categoría de estructuras no resulta estrictamente necesario que concorra una emisión de valores pues no existe la necesidad de financiar ninguna compra de cartera (estructuras *unfunded*), constituyendo esta

4 Como ya explicaba hace más de una década ROMERO REY, M.A.: "El régimen jurídico de la titulización de activos: referencia especial al deporte", *Revista Jurídica de deporte y entretenimiento; deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n° 12, 2004, p. 191, la titulización apareció en España como una eficiente forma de financiación y de gestión del riesgo de impago que conllevan los derechos de crédito, y en respuesta a las ventajas que proporciona el desarrollo, tanto en volumen de emisiones como en diversidad y calidad de las operaciones, ha sido notable, a pesar de no haberse agotado las posibilidades que concede.

5 CATARINEU, E. y PÉREZ, D.: "La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial", cit., pp. 5-6.

6 Ciertamente, desde el punto de vista del riesgo del crédito, la titulización de activos supone algo más que una simple transformación de activos financieros pues se manifiesta, además, como un mecanismo que permite la estratificación del riesgo de una cartera.

opción la alternativa empleada por las entidades que no persiguen obtener financiación para su actividad sino únicamente una transferencia del riesgo del crédito.

3. El proceso de titulización crediticia hipotecaria.

Como quedó apuntado, con carácter general, la titulización de activos –vgr: préstamos hipotecarios- se verifica a través de una entidad intermedia –denominada Fondo de Titulización y administrado por una Entidad Gestora- que actúa de vehículo jurídico–recibiendo los activos originarios de la entidad crediticia y emitiendo nuevos títulos en el mercado financiero- para materializar la transmisión de los activos, y a la que resultan inicialmente cedidos aquéllos que terminarán colocados entre los inversores que finalmente los adquieran después de un proceso de agregación y transformación que permite la conversión de los activos ilíquidos recibidos en otros valores que resultan negociables en el mercado. De esta manera, y a través del indicado proceso que presupone el cumplimiento de determinados requisitos legales, una cartera de activos homogéneos resulta convertida en valores negociables en un mercado financiero bajo la forma de bonos de titulización o, en el supuesto que nos ocupa, participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas que, en todo caso, conforman un patrimonio separado e independiente del propio de las entidades crediticias cedentes y carecen de personalidad jurídica resultando representados por la misma Sociedad Gestora que los administra.

En todo caso, el proceso de titulización de activos implica la verificación de tres fases perfectamente diferenciadas. A saber: 1ª. Cesión de los activos que en el caso de la titulización hipotecaria implica una transmisión incondicionada y total del crédito por el resto del plazo que falta por transcurrir hasta el vencimiento del mismo y como contraprestación de la cual la entidad crediticia cedente obtendrá el valor de mercado de los activos transmitidos y, en su caso, las posibles comisiones devengadas por efectivos servicios prestados. 2ª. Conformación o estructuración financiera, o etapa en la que los activos cedidos pasan a integrar el activo del correspondiente Fondo de Titulización generando un proceso de estructuración financiera mediante el cual los activos transmitidos permiten absorber el abono de los nuevos valores negociables emitidos a su cargo. 3ª Emisión de nuevos valores negociables en el mercado que se presentan ante los inversores en forma de título y que integran el pasivo del Fondo de Titulización junto con los posibles préstamos y aportaciones de los inversores obtenidos con el propósito de financiar el proceso de estructuración financiera o bien de intensificar la solvencia de los nuevos títulos emitidos.

II. REGULACIÓN DE LA TITULIZACIÓN HIPOTECARIA.

I. Precedentes normativos de las titulizaciones en España.

En nuestro ámbito legal nacional el antecedente normativo más remoto del proceso de titulización se localiza en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, y en el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, que la desarrolla, normas mediante las que se crearon las figuras de los títulos del mercado hipotecario, en suma las cédulas y bonos hipotecarios, así como las participaciones hipotecarias, utilizados por las entidades financieras como mecanismo de obtención de financiación al margen del mercado interbancario⁷. En su origen la titulización conservaba los activos subyacentes dentro del balance y la propia entidad crediticia albergaba los riesgos inherentes a los préstamos hipotecarios concedidos que, en definitiva, constituían el sustrato patrimonial de las cédulas y bonos emitidos.

Sin embargo, la rigidez manifestada por esta primera regulación provocó la incorporación de determinados cambios en su contenido, materializados a través del Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto (por el que se modifica el RD 685/1982), y la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, por los que se facultó al emisor de los títulos para excluir del balance contable los activos implicados en la titulización cediendo de este modo la totalidad del riesgo asociado a los bonos de titulización hipotecaria que adquirían cotización en el mercado secundario organizado, a la vez que se autorizaba legalmente la creación de Fondos de Titulización Hipotecaria como espacios cerrados integrados por las participaciones hipotecarias representativas de idénticos importes en valores emitidos a fin de mantener un efecto neutro en el patrimonio neto del vehículo empleado en la titulización.

Y así, con la antedicha Ley 19/1992, se consolida en nuestro país la regulación del proceso de titulización de créditos hipotecarios con el evidente propósito de reducir los costes de obtención de los préstamos dirigidos a la adquisición de la vivienda pues cuanto más saneada y sólida se encuentre la economía de la entidad

7 En el ámbito normativo europeo merece ser destacada la implicación de la Comisión Europea en la revisión del marco legislativo de las titulizaciones con el propósito esencial de alcanzar un tratamiento diverso a aquéllas que justifiquen unos caracteres específicos relativos a la claridad y transparencia. La referida implicación ha empezado a dar sus frutos con la propuesta de Reglamento presentada por la Comisión Europea en el mes de septiembre de 2015, por la que se dispone unas normas comunes sobre la titulización y se incorpora el concepto de titulizaciones simples, transparentes y estandarizadas (STS). Por otra parte, la Comisión Europea ha interesado del Banco Central Europeo la emisión de un documento en relación con la propuesta de Reglamento, que se materializó en el dictamen de 11 de marzo de 2016 que se refiere, por una parte, a una propuesta de Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre la titulización y se crea un marco europeo para la titulización simple, transparente y estandarizada, y, por otra, a una propuesta de reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) 575/2013 (LA LEY 10371/2013) sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión. Una amplia referencia sobre el contenido de la propuesta de Reglamento así como un análisis de las consideraciones que el Banco Central Europeo ha manifestado en su dictamen puede encontrarse en GARCÍA-OCHOA MAYOR, D. y EGUÍA, J. M.: "Una aproximación al futuro régimen de las titulizaciones en la Unión Europea: análisis de la opinión del BCE", *Diario La Ley*, n° 8849, Sección Tribuna, 24 de Octubre de 2016.

crediticia concedente mejores condiciones podrá ésta ofrecer al prestatario en la contratación dirigida a la financiación de su vivienda –usualmente vehiculada a través de un préstamo con garantía real hipotecaria-. En definitiva, el patrón consolidado se basaba en un diseño fiduciario en el que determinadas entidades profesionalizadas, entonces denominadas Entidades Gestoras de Fondos de Titulización Hipotecaria (actualmente, y partiendo del modelo ya expandido que abandona la adjetivación, llamadas, con carácter general, Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización), administraban la metamorfosis financiera que suponía la titulización hipotecaria mediante la cual los créditos hipotecarios que integraban la cartera de una entidad crediticia resultan cedidos íntegra o parcialmente al Fondo de Titulización a través de la emisión de concretas participaciones hipotecarias por el período restante al plazo de vencimiento de los créditos hipotecarios cedidos, valores suscritos por el referido Fondo de Titulización que, a su vez y con cargo en el indicado activo, verificará una emisión de valores negociables entre los inversores, usualmente institucionales, resultando que desde la suscripción de las participaciones hipotecarias el Fondo de Titulización adquiere el derecho a percibir, en la cuantía determinada por el porcentaje de la participación, los concretos movimientos generados de manera esencial en los créditos garantizados con hipoteca participados. Por aplicación de este esquema la entidad crediticia cedente convierte en líquido su crédito anticipadamente a su vencimiento, extrayéndolo de su balance contable en el porcentaje participado si bien, no obstante y por imperativo legal, mantiene la administración de los créditos hipotecarios objeto de titulización y, en su caso, una titularidad no absoluta sobre los mismos. Y también para el inversor la propuesta resultaba rentable toda vez que el adquirente se encuentra con un activo de riesgo razonable y de cierta rentabilidad. En una fase posterior la titulización de activos se encuentra regulada en la D.A 5ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE) por la que se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero en materia de establecimientos financieros de crédito, en cuyo apartado 2^º se declaraba que los valores emitidos por los Fondos de Titulización Hipotecaria tendrán la consideración de títulos hipotecarios⁹.

8 Modificado posteriormente por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1982, 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; y por el RD Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.

9 Actualmente el referido apartado se encuentra derogado por la letra d) de la Disposición Derogatoria de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, si bien su contenido ha pasado a integrar el apartado 1 de la referida D.A 5ª, a cuyo tenor los "valores emitidos por los Fondos de Titulización Hipotecaria regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y

Posteriormente, mediante el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización¹⁰, el esquema resultó ampliado a otros activos distintos de los hipotecarios. Mediante el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, cuyo propósito fue la continuación de la mejora de los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito en el mercado hipotecario ya iniciada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, se procede al desarrollo de la Ley 2/1982, de 25 de marzo, de Regulación el Mercado Hipotecario, y de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación del mercado hipotecario, reemplazándose la regulación ofrecida por el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que resulta derogado, con el propósito de ofrecer respuesta a la necesaria flexibilización de las condiciones emisoras de las cédulas y bonos hipotecarios a fin de reactivar su circulación y conseguir la extracción de los riesgos inherentes a los créditos destinados a la construcción y adquisición de viviendas sometidos a cobertura legal del balance contable de las entidades financieras –en el supuesto de las cédulas hipotecarias- o de potenciar su liquidez –en el caso de los bonos y de las participaciones hipotecarias-. Esta norma últimamente citada resulta singularmente relevante por servir de usual fundamento a la entidad crediticia ejecutante en supuestos de titulización de activos hipotecarios para basar su legitimación activa “*ad causam*” cuestionada ante el supuesto cambio de titular ejecutante tras la titulización del concreto crédito hipotecario ejecutado judicialmente; sobre este punto volveré más adelante. Pero, además, y a los efectos que nos ocupan, por cuanto que en nada ayuda al fortalecimiento de las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor ni tampoco se coordina con las previsiones de las normas hipotecarias reguladoras de la cesión del crédito hipotecario, del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, interesa destacar la previsión que contiene su artículo 29¹¹, relativa a que la emisión y negociación de títulos relativos al mercado hipotecario -participaciones hipotecarias- quedan al margen del Registro de la propiedad salvo cuando no vayan destinadas a inversores profesionales (siendo, sin duda, que el supuesto de ordinario más frecuente es precisamente el contrario, esto es, que vayan destinadas a inversores profesionales).

sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, tendrán el carácter de títulos hipotecarios de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”.

10 Vigente hasta el 29 de abril de 2015.

11 A cuyo tenor: “Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, tal y como se definen en el artículo 78 de la Ley 4/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado, se emitirán en escritura pública de la que se tomará nota en el Registro de la propiedad, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente. Practicada la nota marginal, los terceros que adquieran algún derecho sobre el préstamo o crédito hipotecario lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses”.

2. El nuevo marco legal: la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, modifica el régimen de regulación de las titulizaciones según consta anticipado en su Exposición de Motivos al declarar lo que sigue: "La reforma del régimen de las titulizaciones, contenida en el título III, se articula en torno a tres ejes que, en línea con las tendencias internacionales, incrementarán la transparencia, calidad y simplicidad de las titulizaciones en España. En primer lugar, ante la enorme dispersión normativa existente en el régimen jurídico español de las titulizaciones, esta Ley opera su necesaria refundición, para garantizar la coherencia y sistemática de todos los preceptos que disciplinan esta materia, aportando mayor claridad y seguridad jurídica al marco regulatorio. En este sentido, cabe destacar que se unifican en una única categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria. No obstante, los fondos de titulización hipotecaria existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley cohabitarán con los nuevos fondos de titulización de activos hasta que se extingan progresivamente. El segundo eje rector de esta ley pretende aproximar nuestro régimen al de otras jurisdicciones europeas más avanzadas en la materia. Con esta finalidad se flexibiliza la operativa de estos instrumentos, y se suprimen aquellos obstáculos que impiden replicar en España determinadas estrategias innovadoras de titulización de probado éxito y utilidad en países de nuestro entorno. Por último, se fortalecen sustantivamente las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, en línea con las mejores prácticas internacionales, y se especifican las funciones que deben cumplir las sociedades gestoras que, en todo caso, incluirán la administración y gestión de los activos agrupados en los fondos de titulización, sin perjuicio de la repercusión al fondo de titulización de los gastos que correspondan, de acuerdo con lo previsto en la escritura de constitución".

En definitiva, con la nueva regulación se consigue refundir la normativa preexistente unificándose en una única categoría legal (los Fondos de Titulización¹²) los hasta ahora denominados Fondos de Titulización de Activos y los Fondos de Titulización Hipotecaria, que estarán regidos normativamente de manera unitaria, si bien los fondos de titulización hipotecaria ya existentes al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 coexistirán con la nueva categoría creada hasta que progresivamente alcancen su extinción. Además, se manifiesta adecuar a la realidad económica y financiera la mecánica de funcionamiento legal de estos instrumentos con la pretensión de eliminar aquellos impedimentos para la incorporación de novedosas técnicas financieras que han resultado eficaces en otros países. Y, por

12 Conviene subrayar que el Fondo de Titulización se configura como un patrimonio separado, carente de personalidad jurídica y con un sustrato patrimonial integrado activamente por derechos de crédito –tanto presentes como futuros- y pasivamente por los valores de renta fija emitidos así como por los créditos concedidos por los terceros (art. 15 de la Ley 5/2015).

último, se intensifican los requisitos exigidos con el propósito de proteger al inversor, determinándose las funciones que incumben a las sociedades gestoras de los fondos de titulización, concretándose las exigencias informativas que deben cubrir los valores y que deben ser convenientemente publicadas junto con el contenido de los informes anuales y trimestrales y la comunicación de hechos relevantes.

Como aspectos concretos más destacados introducidos en materia de titulización por la Ley 5/2015 debe significarse que, siempre que conste previsto en la escritura de constitución, el patrimonio de los Fondos de Titulización podrá fraccionarse en secciones –denominadas compartimentos- independientes con cargo a las que podrán emitirse valores y asumirse obligaciones de diversa tipología que, a su vez, admiten ser liquidadas de manera autónoma, de modo que los acreedores de una sección únicamente van a poder hacer efectivos sus respectivos créditos¹³ con cargo al patrimonio de la sección respectiva (art. 15 de la Ley 5/2015).

Por otra parte, y a tenor de la previsión contenida en el artículo 16.3 de la Ley 5/2015, podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad –y en el resto de registros en que corresponda- el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización, extendiéndose de esta manera su tratamiento privilegiado, toda vez que tal posibilidad implica una excepción a la exigencia de personalidad jurídica para ser titular registral contenida en la legislación hipotecaria (*cf.* arts 9. de la LH y 11 del RH)¹⁴.

Y si bien hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015 la cesión de activos a favor de un fondo de titulización únicamente era legalmente posible si era plena e incondicionada y resultaba verificada por la totalidad del plazo restante hasta el vencimiento del crédito, con la nueva regulación estas restricciones resultan suprimidas toda vez que los –nuevos- Fondos de Titulización “podrán adquirir la titularidad de los activos por cualquier modo, bien sea a través de su cesión, su adquisición, su suscripción en mercados primarios o a través de cualquier otro modo admitido en Derecho” (art. 16.2 de la Ley 5/2015).

13 A tal efecto se consideran derechos de crédito presentes las participaciones hipotecarias correspondientes a préstamos que conciten los requisitos dispuestos en la Sección Segunda de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. También los certificados de transmisión de hipoteca. En este sentido, los valores emitidos por Fondos de Titulización que integren en su activo participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria tendrán la consideración de títulos hipotecarios a los efectos de la antedicha Ley 2/1981 (*cf.* art. 16.1 de la Ley 5/2015). La Ley 5/2015 también recoge la regulación del pasivo de los Fondos de Titulización (art. 18), integrado por “los valores de renta fija que emitan y los créditos concedidos por cualquier tercero” (art. 18.1 de la Ley 5/2015).

14 Conviene destacar que hasta la Ley 5/2015 y por aplicación de la previsión contenida en el artículo 27 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril –que por la referida Ley queda derogado- la inscripción de las titularidades reales sobre los indicados bienes se encontraba vinculada, directa o indirectamente, con los procedimientos ejecutivos hipotecarios, resultando que con la nueva regulación dicha restricción resulta eliminada.

Por cuanto se refiere a la transmisión de activos (art. 17 de la Ley 5/2015), es de destacar que tanto el transmitente como, en su caso, el emisor de los valores creados para su incorporación a un Fondo de Titulación, al tiempo de la constitución del fondo deberán disponer de, al menos, cuentas auditadas de los dos últimos ejercicios –salvo excepciones que el mismo precepto contempla-. Asimismo, las transmisiones de activos al Fondo de Titulación se formalizarán en documento contractual que acredite el negocio.

Además, se regula la titulación sintética, mediante la cual los Fondos podrán titular de tal manera préstamos y otros derechos de crédito a través de la contratación con terceros de derivados crediticios o mediante el otorgamiento de garantías financieras o avales a favor de los titulares de tales préstamos u otros derechos de crédito (art. 19 de la Ley 5/2015). Y se diferencia entre Fondos de Titulación cerrados, que son aquellos en cuyas escrituras de constitución no se prevean incorporaciones de activos ni de pasivos tras su conformación (art. 20 de la Ley 5/2015), y Fondos de Titulación abiertos, que son aquellos en cuya escritura constitutiva –en la que deberá constar expresamente su carácter de abierto y especificarse las características concurrentes de entre las señaladas en la norma– se prevea la posible modificación de su activo y/o de su pasivo (art. 21 de la Ley 5/2015).

Por otra parte, la nueva normativa también recoge otros aspectos tales como los requisitos constitutivos de los Fondos de Titulación (art. 22 de la Ley 5/2015), que incluyen la aprobación y el registro previo en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la extinción de los Fondos de Titulación (art. 23 de la Ley 5/2015) y la modificación de la escritura pública de constitución del Fondo de Titulación (art. 24 de la Ley 5/2015).

III. RESARCIMIENTO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TITULIZADO: CESIÓN DEL REMATE E INSCRIPCIÓN DEL INMUEBLE GRAVADO A FAVOR DEL FONDO DE TITULIZACIÓN.

I. Consideración general.

En la actualidad se constata como práctica generalizada el hecho de que las entidades crediticias o financieras que son acreedoras hipotecarias insten la ejecución de las correspondientes garantías de tal clase sobre los inmuebles gravados en seguridad de sus respectivos créditos y que, en el devenir del procedimiento, resulten ellas mismas las rematantes del inmueble en la correspondiente subasta, ejercitando la facultad de cesión del remate permitida por la legislación procesal¹⁵

¹⁵ Cfr. artículo 647.3 de la LECiv, que debe su actual redacción a la Ley 9/2015, de 19 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, a cuyo tenor: "Solo el ejecutante o los acreedores posteriores podrán hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate

a favor, precisamente, del fondo de titulización, en cumplimiento de la obligación de naturaleza fiduciaria de ordinario derivada de la propia cesión crediticia verificada como consecuencia del proceso de titulización, de manera que, a último, resulta ser el fondo de titulización el titular del derecho de resarcimiento del crédito cuya garantía se ha ejecutado. Con carácter general, así se prevé en la escritura constitutiva del Fondo de Titulización y también en el contrato de administración y custodia de los activos cedidos por la entidad originadora (cedente) a la Sociedad Gestora que actúa en representación del Fondo de Titulización. Desde esta circunstancia se ha venido planteando la cuestión, ya resuelta, de la determinación de la titularidad del inmueble, tanto al tiempo del dictado del correspondiente mandamiento por parte del Letrado de la Administración de Justicia como por parte del Registrador de la Propiedad en el momento de calificar y autorizar la inscripción, manteniéndose a este respecto posturas divergentes que seguidamente paso a analizar:

2. Posiciones.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015 la posibilidad de la entidad crediticia acreedora ejecutante de ceder el remate tras la subasta al Fondo de Titulización encontraba solución en dos posiciones contrapuestas, fundadas en diversos argumentos legales.

Por una parte, se mantenía una postura contraria a su admisión basada, de un lado, en determinadas normas hipotecarias, en concreto en el artículo 11 del Reglamento Hipotecario que, según redacción dada por el Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre –por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario con especial consideración a las inmatriculaciones y a los excesos de cabida-, declaraba la no inscribibilidad de “los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica”, y también en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, concordante con el anterior, a cuyo tenor: “Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: ... 4º. La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción...”; y, de otro lado, en la concreta regulación de los Fondos de Titulización, más precisamente en el contenido del artículo 2 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo –por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras de los Fondos de Titulización-, al disponer la posibilidad de incorporación a dichos Fondos de los derechos de crédito que figuren en el activo del cedente y los derechos de crédito futuros respecto de los que se formalice su transmisión contractualmente una vez acreditada de manera inequívoca la cesión de la titularidad.

a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario Judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago o consignación del previo del remate, que deberá hacerse constar documentalmente. Igual facultad corresponderá al ejecutante si solicitase, en los casos previstos, la adjudicación del bien o bienes subastados”.

Frente a la postura precedentemente expuesta concurría una posición favorable a la posibilidad de la cesión del remate a favor de los Fondos de Titulación, fundada asimismo, por una parte, en normas de la legislación hipotecaria, específicamente el párrafo cuarto del ya mencionado artículo 11 del Reglamento Hipotecario – según redacción dada por el también precitado Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre-, que, tras la declaración contenida en el primero de los párrafos ya citado, regulaba la posibilidad de inscripción, especial por razón del sujeto, de “los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a fondos, sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior; de titulación hipotecaria, o de titulación de activos”, y en la que el acta de la inscripción “se practicará a favor de dichos fondos como bienes del patrimonio de los mismos”, si bien dicho apartado cuarto resultó posteriormente anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de enero de 2001, que, a los efectos que ahora nos interesan, dejó subsistente únicamente el antedicho párrafo primero del referido precepto¹⁶; y, por otra, en el propio trasunto normativo de los Fondos de Titulación que, a pesar de configurarse legalmente como entidades carentes de personalidad jurídica, no impide el reconocimiento a su favor de determinados derechos y la imposición a los mismos de concretas obligaciones (básicamente en el ámbito tributario), circunstancia que sirve de fundamento para demandar el reconocimiento de su personalidad jurídica –siquiera limitada- a fin de posibilitar el acceso de sus eventuales titularidades inmobiliarias al Registro de la Propiedad con el evidente y razonable propósito de ajustar la realidad tabular a la extrarregistral, exigencia innegable a los efectos de hacer efectiva la seguridad jurídica y la protección del tráfico inmobiliario.

Tal y como anticipaba, la Ley 5/2015 ofrece solución legal a la cuestión planteada, como seguidamente se significa.

3. Conclusión.

Como ya quedó apuntado precedentemente, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, incorpora entre sus novedades más

16 No obstante lo cual conviene destacar que el argumento en que el TS basa la anulación del párrafo cuarto del artículo 11 del Reglamento Hipotecario –que, en definitiva, no hizo sino incorporar la regulación de una práctica previamente admitida en numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado por las que se venía permitiendo el ingreso tabular de las titularidades de las indicadas entidades especiales - asentaba de manera esencial en razones no tanto de índole sustantiva sino formal, vinculadas al insuficiente rango normativo de la norma reglamentaria que albergaba una modificación legislativa de la indicada envergadura. De hecho, la relevancia de la posibilidad de ingresar tabularmente la titularidad de los fondos aparece puesta de manifiesto incluso en la propia Exposición de Motivos del RD 1867/1998, en la que consta declarado lo siguiente: “Otro de los objetivos citados de la reforma es la regulación de figuras contractuales e instituciones carentes de regulación reglamentaria, o que están necesitadas de nueva regulación por el carácter obsoleto de los preceptos referentes a las mismas o por las dificultades que se advertían en su aplicación práctica (...). Se admite (artículo 11) la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de los socios o miembros integrantes de ciertas entidades carentes de personalidad jurídica, pero que generan situaciones jurídicas intermedias merecedoras de publicidad registral, con sujeción a su régimen propio, tales como las uniones temporales de empresas, las comisiones liquidadoras, los fondos sean de pensiones, de inversión (interior o exterior) o de titulación de activos”.

destacadas la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización, pudiéndose asimismo inscribir la propiedad y demás derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los Fondos de Titulización en los registros que correspondan (art. 16.3), expandiéndose de este modo la prerrogativa por la que se excepciona la exigencia de la tenencia de personalidad jurídica para ser titular registral (cfr. arts. 9.4° de la LH y 11 del RH) y eliminándose la restricción que limitaba la vinculación del acceso tabular en el ámbito de los procedimientos de ejecución hipotecaria, resultando que a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 es posible la inscripción de los bienes inmuebles objeto de remate en una ejecución hipotecaria a favor de los Fondos de Titulización Hipotecaria.

IV. EL CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN POR EL DEUDOR CEDIDO.

Tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el primer párrafo del artículo 149 de la Ley Hipotecaria en su precisa mención a la cesión de la titularidad de la hipoteca, resulta del tenor siguiente: “La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”. Con anterioridad a la indicada reforma el precepto reseñado disponía lo que sigue: “El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro”. Una consideración precipitada del precepto reformado pudiera conducir a considerar que con anterioridad a su modificación, además de la inscripción registral –que, en todo caso, presupone el otorgamiento de escritura pública–, para la cesión del crédito hipotecario se precisaba la notificación al deudor de la escritura de cesión, si bien, en buena lógica, más bien parecía adecuado entender que dicha notificación únicamente se hacía necesaria para que el deudor hipotecario quedara vinculado con el cesionario (nuevo acreedor hipotecario), toda vez que así se colige de lo dispuesto en los artículos 1527 (“el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor; quedará libre de la obligación”) y 1198 (“el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente” –párr. 1°–; “si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores” –párr. 2°–; “si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor; podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión” –párr. 3°–) del Código Civil y de la disposición contenida en el artículo 176 del Reglamento Hipotecario (“la inscripción de la cesión de créditos hipotecarios, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y éste pagare al cedente, podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de las responsabilidades a que se

refiere el artículo 151 de la Ley¹⁷⁾, de tal manera que el requisito de la notificación al deudor cedido únicamente actuaba a los efectos de fundar la oponibilidad de la cesión frente al mismo que, en definitiva, no es sino un tercero ajeno al contrato de cesión. El mismo juicio apresurado, referido a la norma ya reformada, pudiera conducir a la conclusión de que, al suprimir la mención que al respecto se contenía en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, la reforma ha eliminado en todo caso el requisito de la notificación al deudor cedido a los efectos indicados. No obstante, el artículo 242 del Reglamento Hipotecario¹⁸ lo sigue previendo y también el artículo 151 de la Ley Hipotecaria¹⁹ lo considera al hacer responsable al cedente de los posibles perjuicios que pudieran afectar al cesionario no notificado. En definitiva, a pesar de la supresión en el artículo 149 de la mención al requisito de la notificación al deudor cedido, e incluso considerándose la diferenciación -legalmente consagrada con requisitos diversos- entre la cesión del crédito asegurado mediante hipoteca -sometida a las previsiones del artículo 1526 del CC- y la cesión de la titularidad de la hipoteca -para cuya eficacia se requiere su otorgamiento en escritura pública que debe inscribirse-, no cabe desatender el contenido de los preceptos antedichos que nos llevan a concluir la persistencia del necesario conocimiento por parte del deudor hipotecario cedido de la cesión del crédito hipotecario, por tratarse de una

17 Y ello a pesar de que la aplicación de las normas generales sobre el pago realizado de buena fe determinaría la extensión de la liberación del deudor hipotecario cedido incluso en el supuesto de que la cesión no se hubiera inscrito, desde la posición que mantiene que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no tiene carácter constitutivo. En concordancia con dicha previsión, y en el ámbito de la relación entre el emisor y el Fondo de Titulización, en el artículo 33 del RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, tras indicarse que extinguido el crédito hipotecario participado el titular de las participaciones conservará acción contra el emisor hasta el cumplimiento de sus obligaciones, se declara: "2. En su caso, al extenderse el asiento de cancelación del préstamo o crédito hipotecario participado, para lo que bastará el pago al acreedor hipotecario o cualquier otra causa legal, se cancelará de oficio la nota marginal de emisión de las participaciones", resultando que "el acta notarial de amortización o inutilización del título de participación en poder de la entidad emisora será título de la afectación, bien total, bien parcial, respecto de los amortizados o inutilizados".

18 El artículo 242 del RH dispone lo siguiente: "Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley -precepto que exonera de la necesidad de dar conocimiento al deudor así como de la constancia registral de la transferencia del "derecho hipotecario", que se entenderá transferido con la obligación o con el título, en los supuestos de transmisión de obligaciones transferibles por endoso o de títulos al portador asegurados mediante derecho real de hipoteca-". Conviene tener en cuenta que, en punto al conocimiento de la cesión por el deudor hipotecario cedido, la STS, Sala 1ª, nº 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, declara abusiva la cláusula de exoneración de la comunicación de la cesión del crédito hipotecario, señalando a tal efecto que, si bien es cierto que el artículo 242 del RH admite la renuncia del deudor cedido a que se le dé conocimiento de la cesión del crédito hipotecario, no obstante "dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...", entendiéndose que la renuncia anticipada a la notificación participa de tal naturaleza de abusiva "en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la D.A 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1255 del Código Civil se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente".

19 El artículo 151 de la Ley Hipotecaria resulta del tenor siguiente: "Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta".

exigencia legal justificada²⁰, muy especialmente a los efectos de poder evitar el efecto liberatorio del pago realizado al originario acreedor hipotecario toda vez que en caso contrario difícilmente se puede justificar la responsabilidad que ex artículo 151 de la Ley Hipotecaria incumbe al cedente por los daños y perjuicios que pudiera padecer el cesionario como consecuencia de la falta de notificación, atendiendo, además, a la circunstancia de que la apuntada renuncia cabe ser considerada como abusiva si la contratación cuestionada se verifica en el ámbito de los consumidores y usuarios²¹; sin que tampoco deba desconsiderarse a tal efecto el contenido del ya referido artículo 176 del Reglamento Hipotecario que permite la cancelación de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario liquidado por el deudor al cedente mediante el documento que acredite el pago en los supuestos en que no conste registralmente la notificación de la cesión al deudor cedido²².

V. DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA “AD CAUSAM” EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO EN EL SUPUESTO DE PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS: REAPERTURA DEL DEBATE EN TORNO A LA SUBSANACIÓN DE LA TITULARIDAD REGISTRAL A LOS EFECTOS DE LA RECLAMACIÓN JUDICIAL EJECUTIVA. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CESIONES HIPOTECARIAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

I. Planteamiento.

Sabido es que la persistente crisis económica y su consecuente incremento de los impagos, afectante muy especialmente a los generados por los préstamos hipotecarios, ha determinado un aumento de las demandas ejecutivas dirigidas a la obtención del cobro de sus deudas por parte de las entidades crediticias y

20 En contra CARRASCO PERERA, Á.: “No es una práctica comercial abusiva la no puesta en conocimiento del deudor hipotecario de la cesión de la hipoteca”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, marzo de 2016 (en tres páginas), al criticar la resolución de 8 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Donostia –y al tiempo, y por compartir fundamentación y conclusión dispositiva- también la STS, Sala 1ª, n° 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, ya referida-. En el mismo sentido, contrario a la necesidad de notificación al deudor cedido, se manifiesta el Banco de España, en su documento respuesta –no vinculante jurídicamente- a la consulta planteada por el Letrado D. Óscar Viera, de fecha 26 de marzo de 2015, al señalar que “...de la normativa aplicable a la titulación de préstamos no se desprende que los deudores tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulación...”.

21 Cfr. STS, Sala 1ª, n° 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, *supra* mencionada.

22 En este mismo sentido, de no considerar innecesaria la notificación al deudor cedido después de la reforma del artículo 149, párrafo primero de la LH por la Ley 41/2007, esta interpretación resulta precisada por RODRÍGUEZ BOIX, F.: “La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, en www.notariosyregistradores.com, para quien la nueva redacción del artículo 149, párrafo primero de la LH, pretende atajar la distinción entre los efectos de la cesión respecto de terceros y respecto del deudor cedido, de tal manera que la inscripción de la cesión a todos los efectos reemplaza ahora al requisito de la notificación, por lo que la referida inscripción, de ineludible verificación, surte efectos absolutos, frente a todos, también frente al deudor, resultando que, en definitiva, tras la reforma del artículo 149 de la LH, el requisito de la notificación al deudor ha quedado suprimido del precepto pero por haber sido reemplazado por la inscripción. Sin duda, esta interpretación se manifiesta coherente con el principio de eficacia positiva de la publicidad registral que presume que es por todos conocido el contenido del Registro respecto del que no se puede alegar ignorancia.

financieras, resultando asimismo harto frecuente que numerosos procedimientos ejecutivos tengan por objeto préstamos hipotecarios que en su momento fueron titulizados²³, planteándose en estos casos, como cuestión antecedente a su admisión a trámite, la determinación de la legitimación activa *ad causam* en los supuestos en que la demanda ejecutiva resulta interpuesta por la entidad crediticia cedente.

Desde la ineludible necesidad de resolver con carácter previo la cuestión procesal suscitada en torno a la determinación de la legitimación activa para instar la ejecución del préstamo hipotecario titulado, por ser materia de orden público, se constata una embrionaria corriente jurisprudencial –mejor judicial, por tratarse de la imprecisamente llamada “jurisprudencia menor”–, en expansión y a mi juicio plenamente atinada, que cuestiona la legitimación pasiva *ad causam* de las entidades bancarias demandantes ejecutivas en procedimientos hipotecarios fundados en créditos de la misma naturaleza que anticipadamente a su ejecución fueron titulizados²⁴.

La cuestión provoca la reapertura del debate –si bien con específicas previsiones– en torno a la constancia tabular de la titularidad del crédito hipotecario en las cesiones de hipotecas, significativamente prolongado a propósito de las estructurales modificaciones bancarias –fusiones y absorciones– últimamente determinadas por la reestructuración de las entidades financieras, y que empieza a resolverse desde el acertado presupuesto de que la titulación implica una cesión crediticia que “supone, de conformidad con la normativa aplicable, que la entidad que concedió el crédito/préstamo deja de ser la acreedora del mismo, a través de su cesión al

23 Resultando, en tales casos, según dispone la normativa específica, que la correspondiente ejecución hipotecaria se funda en activos del Fondo de Titulización integrados de ordinario por participaciones y certificados de transmisión hipotecaria que son títulos semejantes a las participaciones hipotecarias, pero de una condición crediticia menos ventajosa, que permiten asimismo la movilización del crédito hipotecario, siendo igualmente posible hacer partícipe al tercero de la totalidad del riesgo inherente a un determinado préstamo, conservando el emisor la custodia y administración de los créditos y estando obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo, y debiendo abonar al titular del certificado de transmisión hipotecaria el importe que le corresponda en concepto de capital e interés en función de su participación en el crédito y de las condiciones de emisión, incluso en el supuesto de pago anticipado (cfr. art. 26.4 del RD 716/2009, de 24 de abril), resultando asimismo normativamente señalado que el ejercicio de las acciones ejecutivas corresponde al emisor del certificado de transmisión hipotecaria que podrá ser compelido por el titular para ejercitar la acción hipotecaria, pudiendo éste concurrir con el emisor en dicha ejecución en igualdad de derechos y quedando el titular legitimado por subrogación si el emisor no inicia el procedimiento en el plazo de sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento de pago de la deuda, pudiendo subrogarse en la posición de aquél y continuar el procedimiento en caso de que la causa instada por el emisor se paralice (cfr. arts. 30 y 31 del RD 716/2009, de 24 de abril).

24 Cfr., entre otros, AA del Juzgado nº 8 de Málaga, de 20 de enero de 2015, del Juzgado nº 1 de Fuenlabrada, de 6 de marzo de 2015, del Juzgado nº 6 de Arganda del Rey, de 12 de mayo de 2015, del Juzgado nº 7 de Granollers, de 5 de octubre de 2015, del Juzgado de Instancia nº 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2016, del Juzgado nº 4 de Collado Villalba, de 11 de marzo de 2016, y del Juzgado nº 5 de Gijón, de 13 de abril de 2016. A alguna de estas resoluciones, y a alguna otra dictada en el mismo sentido, me iré refiriendo en las siguientes páginas.

fondo de titulización, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas^{25,26} (el subrayado es mío).

2. Justificación de la necesidad de la constancia registral de la titularidad del crédito para instar la ejecución hipotecaria: de las fusiones y absorciones bancarias a la titulización hipotecaria.

En efecto, la cuestión relativa a la constancia registral de la titularidad crediticia hipotecaria en las cesiones de hipotecas en orden a la determinación de la legitimación activa de la entidad ejecutante no constituye una novedad en nuestro ámbito jurisprudencial ni tampoco en el doctrinal, constituyendo materia ampliamente debatida en nuestras Audiencias Provinciales²⁷ y también entre los

- 25 REDONDO TRIGO, F.: "Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 753, 2016, p. 600. En este mismo sentido se manifiesta el Banco de España en la respuesta –no vinculante en términos jurídicos– emitida en fecha 26 de marzo de 2015 ante la consulta planteada por el Letrado D. Óscar Viera, al manifestar, entre otros extremos, lo que sigue: "De conformidad con la Ley 19/1992, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, la titulización de un préstamo supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración..." (subrayado por mí).
- 26 En definitiva, se sostiene que mediante la cesión al Fondo de Titulización del activo constituido por el crédito hipotecario la entidad crediticia cedente ha perdido su legitimación para interponer la demanda ejecutiva. Y desde esta consideración se declara que: "Se significa expresamente a la ejecutante que la misma se ha postulado en la demanda como acreedora, como titular del crédito. De tales manifestaciones se infiere que el mismo no ha sido cedido a ningún Fondo de Titulización Hipotecaria de Activos. Es evidente que, si la cesión hubiera tenido lugar, la promotora del expediente no podría actuar sino como administrador de los créditos cedidos y carecería de la legitimación que pretendió. En consecuencia, se advierte a la acreedora mediante esta resolución que, si resultara no serlo, se declarará la nulidad de lo actuado y de inadmitirá la demanda con efectos ex tunc" (el subrayado es mío) (cfr. SAP de Valencia, Sección 9ª, de 14 de junio de 2005, AAAP de Castellón, Sección 3ª, de 12 de julio –n° 133/2012– y 24 de julio –n° 141/2012– de 2012). En este ámbito destaca el atinado razonamiento jurídico contenido en el Auto del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015 que certeramente analiza las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas como genuinas cesiones de créditos hipotecarios con fundamento en los siguientes argumentos o razones: "1ª. Precisamente por la cesión operada, lo único que conserva el titular de la participación es "la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo" (art. 26.3 II inc. RMH 2009; para el CTH, disp. Ad. 1ª 7 RMH 2009). Obsérvese el inciso "en su caso", luego no siempre (como en la titularidad fiduciaria), refiriéndose el caso a la cesión parcial. 2ª. El artículo 15 párr.VI LMH menciona expresamente la cesión: "La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo". En efecto, la salida patrimonial o venta incondicional es requisito indispensable para la desvinculación del riesgo de crédito de los préstamos hipotecarios, permitiendo obtener liquidez a la entidad emisora, aligerando su balance y reduciendo sus requerimientos de recursos propios. Para anotar una baja de activos financieros en el balance del cedente debe verificarse la transferencia efectiva de los derechos contractuales asociados a los activos de la entidad emisora. De forma específica para las entidades financieras, así lo dispone la Circular 4/2004 del Banco de España, norma 23ª: "Baja del balance de los activos financieros". 3ª. Abona la tesis de que el crédito hipotecario sale del patrimonio de la entidad emisora que "en el caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de la emisión de la participación solo será impugnado en los términos del artículo 10 y, en consecuencia, el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación (art. 15 últ. LMH). 4ª. Finalmente, esta es la actual interpretación reglamentaria, lo que nos parece decisivo. La disposición adicional Segunda de la LMH efectúa una llamada reglamentaria para que el Gobierno dicte "normas complementarias para el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario". En ellas se nos dice: "Queda definitivamente claro que mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa. La entidad de crédito que emite las participaciones hipotecarias traslada la totalidad del riesgo de la parte del crédito que se cede. Se aclara, además, que cada uno de los títulos de participación hipotecaria representa una participación en un crédito particular, no en un grupo de créditos" (Preámbulo del RMH 2009, apartado III, párr. IV). Respecto a los certificados de transmisión de hipoteca, se configuran "como una cesión de crédito al igual que las participaciones hipotecarias" (Preámbulo del RMH, apartado V, párr. I med.)".
- 27 En el ámbito jurisprudencial, sintetiza el debate abierto planteado en torno al carácter constitutivo de la inscripción de la cesión de hipoteca en el Registro de la Propiedad el Auto de la AP de Madrid, Sección 25ª, n°

autores. En el ámbito del proceso de reestructuración bancaria la proliferación de supuestos de fusiones o absorciones de entidades crediticias ha venido generando abundantes casos en que se pretende el acceso al Registro de la Propiedad de actos otorgados por las entidades resultantes cuando los inmuebles o derechos sobre los mismos persisten inscritos a nombre de la entidad absorbida y, en el mismo sentido, en numerosas ocasiones la entidad resultante pretende la interposición de la demanda ejecutiva cuando en la escritura de constitución de la hipoteca sigue apareciendo como sujeto activo de la misma la entidad originaria. Y es precisamente al tiempo de examinar la demanda y los documentos que la acompañan cuando el órgano jurisdiccional debe apreciar de oficio los requisitos procesales necesarios en orden a su admisión, entre los que destaca la legitimación de la parte actora (art. 551.1 de la LECiv), fundada en la constancia de la titularidad de su derecho en el Registro de la Propiedad, de tal manera que si por cualquier título hubiera tenido lugar la cesión del crédito hipotecario la misma debe haber sido objeto de inscripción registral, tal y como se desprende de la literalidad del artículo 149 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 1/2007, de 7 de diciembre²⁸, toda vez que la sucesión universal entre entidades de crédito inscrita en el Registro Mercantil determinante de la transmisión en bloque del patrimonio de la entidad cedente a la sociedad sucesora, incluso mediando cambio de titularidad en todos los créditos –hipotecarios o no-, no asegura que el ejecutante sin derecho real de hipoteca inscrito sea su titular, pues producida la sucesión universal el crédito hipotecario puede ser objeto de sucesiva transmisión por compraventa u otro negocio jurídico y la tenencia de la escritura de constitución de hipoteca no legitima por sí sola al acreedor hipotecario para el dictado del despacho de ejecución toda vez que el artículo 150 de la Ley Hipotecaria constriñe esta circunstancia a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador. Y por cuanto se refiere a los requisitos establecidos en el artículo 89 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que declara la efectividad de la cesión con la mera inscripción de la misma en el Registro Mercantil, debe precisarse que dicha consecuencia en modo alguno puede reemplazar a la inscripción de la titularidad del concreto crédito en el Registro de la Propiedad, pues el despacho de ejecución habitualmente se pretende en una fase muy posterior a la sucesión verificada y si bien en algunos supuestos de ejecución hipotecaria ambas cualidades pudieran coincidir en el ejecutante, sin duda, tras la reforma del sistema financiero la inseguridad sobre este particular resulta notoria por cuanto que en el momento de despachar ejecución se desconoce la

48/2014, de 14 de febrero de 2014, ofreciendo un amplio resumen de las diversas posiciones defendidas por las Audiencias Provinciales. En el mismo sentido, si bien con precisa referencia a las reestructuraciones bancarias, las distintas posiciones enfrentadas sostenidas por las Audiencias Provinciales resultan expuestas en el Auto de la AP de Madrid, Sección 14ª, nº 337/2014, de 18 de diciembre de 2014.

28 A cuyo tenor: "El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad".

realidad extratabular del crédito que se pretende ejecutar; concurriendo, además, otros argumentos legales para entender que, con carácter general, la acreditación de la titularidad del específico crédito que se ejecuta únicamente se determina mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del ejecutante, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 149 y 130 de la Ley Hipotecaria.

Y así proceden ser interpretadas las disposiciones contenidas en los dos primeros apartados del artículo 540 de la LECiv, al establecer que: “1. La ejecución podrá despacharse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado. 2. Para acreditar la sucesión, a los efectos del apartado anterior, habrán de presentarse al Tribunal los documentos fehacientes en que aquélla conste. Si el Tribunal los considera suficientes a tales efectos, procederá, sin más trámites, a despachar la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados”. En mi opinión, toda vez que no es posible acreditar fehacientemente la titularidad del crédito hipotecario por medio diverso de la certificación registral de la inscripción de la hipoteca a favor del ejecutante, la carencia de constancia tabular determinaría la inaplicabilidad del apartado tercero del artículo 540 de la LECiv cuya referencia a los documentos que no se consideran suficientes debe entenderse referida a los -precitados- documentos fehacientes²⁹. Ciertamente, tras la modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007 un amplio sector doctrinal se manifiesta a favor del carácter constitutivo

29 El artículo 540.3 de la LECiv resulta del tenor siguiente: “Si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el Tribunal no los considerare suficientes, de la petición que deduzca el ejecutante mandará que el Secretario Judicial dé traslado a quien conste como ejecutado en el título y a quien se pretenda que es su sucesor y, oídos todos ellos en comparecencia señalada por el Secretario, el Tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a lo solos efectos del despacho de la ejecución”.

de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario³⁰, si bien algún autor se expresa defendiendo la posición contraria³¹.

A mi juicio, debe sostenerse el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad, y ello básicamente por el propio tenor del artículo 149 de la Ley Hipotecaria tras la modificación producida por la Ley 41/2007, habida cuenta de la incorporada diferenciación entre la cesión del crédito hipotecario y la del derecho real de hipoteca, toda vez que respecto de la primera se dispone que “podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil”, resultando que por cuanto se refiere a la “cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”. Si bien es cierto que, de mantenerse el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad por aplicación de la disposición contenida en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, resulta de difícil inteligencia la previsión contenida en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril –por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero– que tras declarar –en su Exposición de Motivos, como ya anticipé– que las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas son

30 Cfr., por todos, GARCÍA GARCÍA, J. M. en “Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil”, Navarra, 2010 (31ª ed.), p. 292, al señalar que por cuanto se refiere a la inscripción de la cesión del crédito hipotecario debe entenderse que la misma es constitutiva “pues el artículo 1875 del Código Civil alude a “las formalidades previstas por la Ley”, que indudablemente es la Ley Hipotecaria, con esa doble exigencia para “posibilitar” la cesión del crédito hipotecario, y que respecto a la inscripción sería la inscripción constitutiva prevista en general en el artículo 1875 del Código Civil y en el artículo 145.2 LH”; PARRA LUCÁN, Mª Á.: “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 711, enero-febrero de 2009, pp. 321 y ss., quien precisa que con la redacción que da al artículo 149 de la LH la Ley 41/2007, “resulta claro ahora que la transmisión del crédito hipotecario no comporta automáticamente la cesión de la hipoteca. Para que el cesionario, nuevo acreedor del crédito, sea también titular de la hipoteca, es preciso que la cesión de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro. La hipoteca sólo se transmite mediante la inscripción de la cesión en el Registro. Esta exigencia de forma es coherente con el carácter constitutivo que la inscripción tiene cuando se constituye la hipoteca. Igualmente debe ser cuando cambia su titular...”; IGLESIAS GARCÍA-VILLAR, M.: “Inscripción en el Registro de la Propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria”, *Diario La Ley*, nº 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014; y BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009, p. 77 y ss., explicando que el artículo 149 de la LH, tras la modificación operada por la Ley 41/2007, “al haber disociado la transmisión del crédito de la transmisión de la hipoteca o, lo que es lo mismo, al haber distinguido entre la cesión del crédito garantizado con hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca, somete a aquélla a las reglas de la cesión de créditos establecidas en el artículo 1526 del Código Civil, mientras que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza ese crédito debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”, resultando de ello que “el cesionario, nuevo acreedor del crédito, no será también titular de la hipoteca que garantiza dicho crédito, es decir, no se habrá convertido por la simple perfección del contrato de cesión en el nuevo acreedor hipotecario. Para que esto suceda es requisito imprescindible que la cesión de la titularidad de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro, tal y como se establece, con carácter imperativo, el nuevo artículo 149.1 LH. Hasta que esto se produzca, el titular registral del derecho real de hipoteca continuará siendo el cedente”.

31 CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado de los Derechos de Garantía. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*, Madrid, 2015, 3ª ed., pp. 932 y ss., quien señala que si la pretensión de la reforma operada por la Ley 41/2007 sobre el artículo 149 de la LH “era dotar de carácter constitutivo a la inscripción de la cesión, lo cierto es que esta finalidad ha resultado totalmente frustrada, pues precisamente la aplicación del régimen establecido en el artículo 1526 del Código Civil comporta la transmisión de la hipoteca como accesorio del crédito sea cual sea la forma en que haya tenido lugar la cesión del crédito...”.

auténticas cesiones de créditos, no obstante rechaza la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad de las participaciones hipotecarias a no ser que vayan destinadas a inversores no profesionales (*cf.* art. 29), impidiendo asimismo, pues, el ingreso tabular de los certificados de transmisión de hipotecas toda vez que los mismos únicamente pueden estar destinados a inversores profesionales. Sin duda, la indicada contradicción no es más que el reflejo de la evidente descoordinación existente entre las normas financieras y las hipotecarias en la materia que nos ocupa. Lo que permite concluir, atendido el principio de jerarquía normativa, y frente al contenido de la prevalente disposición legal, la ineficacia de la norma reglamentaria que, además, repercute negativamente en interés del deudor hipotecario que habitualmente desconoce la identidad del titular de la correspondiente participación hipotecaria, lo que le ubica en una innegable posición de indefensión a los efectos de poder interesar la nulidad de actuaciones por falta de legitimación activa en el procedimiento ejecutivo hipotecario que resulta instado por el emisor de las participaciones hipotecarias (cedente del crédito titulizado) y no por el titular de las mismas (Fondo de Titulización), y ello cuando no se ha respetado la previsión en orden a la legitimación a que se refiere el artículo 31 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril. En todo caso, lo esencial es que, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas, la titulización implica que la entidad cedente deja de ser la acreedora del crédito cedido al fondo de titulización y que, en buena aplicación de la normativa vigente, dicha cesión para ser eficaz jurídicamente debiera constar registralmente³², y ello a pesar de la previsión financiera en contra (art. 29 del RD 716/2009, de 24 de abril) que en modo alguno puede desvirtuar la conclusión que permite rechazar la legitimación activa *ad causam* de la entidad originaria que ya no es la acreedora hipotecaria.

3. Consecuencia.

Sentado cuanto antecede, y ante el panorama normativo descrito, una reciente corriente judicial resuelve atinadamente la cuestión de la legitimación activa *ad causam* aplicando la solución de negársela a la entidad crediticia cedente, por entender que la titulización implica una cesión del crédito determinante de que la acreedora originaria pierda tal condición a favor del Fondo de Titulización. A la revisión de esta argumentación, últimamente en expansión, dedico el tramo final de este trabajo.

Y así, por tratarse de una resolución paradigmática, me refiero seguidamente al contenido del Auto del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015 que aborda la materia relativa a la legitimación activa en la ejecución

32 Sin que a tal efecto resulte oponible la circunstancia de que el Fondo de Titulización carece de personalidad jurídica, toda vez que el artículo 16.3 de la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, permite la inscripción registral del dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización y, por otra parte, y además, en todo caso la Sociedad Gestora de los Fondos de Titulización sí que tiene atribuida personalidad jurídica.

hipotecaria cuando concurre emisión de participaciones hipotecarias, cuestionando la legitimación procesal para instar la ejecución hipotecaria en aquellos supuestos en los que el crédito hipotecario originario ha sido cedido a un tercero (Fondo de Titulización). En el supuesto de hecho considerado se resuelve la oposición planteada por una persona física frente al despacho de ejecución decretado contra los deudores hipotecarios y fiadores al objeto de proseguir la ejecución conforme a las normas ordinarias aplicables, en la que se alegaba, entre otros motivos, la circunstancia de que la entidad ejecutante había cedido el crédito en cuestión a un Fondo de Titulización Hipotecaria que habría adquirido el inmueble a un precio inferior al remate, planteándose defecto de legitimación de la ejecutante por corresponder la misma, en su caso, al Fondo. Por su parte, la entidad ejecutante, en su escrito de impugnación a la oposición planteada de contrario, defendía su legitimación activa fundada en el encargo de la propia cesionaria con poderes concedidos al efecto. En sus razonamientos jurídicos el Auto ahora considerado declara que quien ha transmitido un derecho carece de disposición sobre el mismo y no puede constituirse en accionante para defender aquello de lo que se ha desprendido y sobre lo que ninguna disposición tiene. En consecuencia, planteada la legitimación como una cuestión preliminar sobre el fondo de la controversia en relación con la acción ejercitada que corresponde a favor de quien acude a la jurisdicción en virtud del derecho que le compete, se niega a la ejecutante –otorgante del crédito hipotecario- el derecho al ejercicio de la acción por haberlo transmitido a un tercero, interpretando que acción y derecho son inseparables y declarando que aunque la denominada “legitimación por sustitución” está procesalmente admitida por la Ley en determinados supuestos, no resulta aplicable en el supuesto de una cesión de crédito hipotecario, toda vez que la representación legal del Fondo de Titulización Hipotecaria corresponde a su Sociedad Gestora al tratarse aquél de un ente sin personalidad jurídica, por lo que debe comparecer en juicio por medio de las personas que ejerzan dicha representación. Por consiguiente, se concluye que el Fondo de Titulización Hipotecaria es el único legitimado en el caso de adquisición total del crédito, pues dicha cesión integral comporta que la legitimación ordinaria para las acciones que se derivan de la titularidad del crédito hipotecario corresponde al Fondo, resultando que la entidad emisora (titular original) sólo es una cedente sin legitimación, salvo que la normativa le otorgara una legitimación extraordinaria, y esta conclusión, fundada en el principio de legalidad procesal, prevalece sobre los pactos que en esta materia pudieran existir entre la entidad emisora y el Fondo de Titulización Hipotecaria. Desde la anterior consideración, y atendida la circunstancia de que el Fondo cesionario no se personó en el proceso invocando la legitimación derivada por sustitución extraprocesal con carácter previo a la demanda de ejecución, interesando por sí mismo la prosecución de la ejecución con fundamento en la previsión contenida en el artículo 540 de la LECiv, se concluye que no concurre el supuesto de sustitución procesal por transmisión del objeto a que se refiere el artículo 17 de la Ley Procesal ni tampoco nos hallamos ante un supuesto de intervención voluntaria en un proceso válidamente incoado por

la entidad emisora. En definitiva, puesto que la falta de legitimación —a diferencia del defecto de representación, voluntaria o legal— es insubsanable y el defecto de dicho presupuesto debe ser apreciado de oficio por el órgano jurisdiccional es por lo que, al tratarse de un defecto procesal esencial, procede dictar auto dejando sin efecto la ejecución despachada, si bien el Fondo de Titulización Hipotecaria, como parte legitimada, podrá presentar, si a su derecho conviniere, a través de su Sociedad Gestora, una nueva demanda ejecutiva complementaria de conformidad con las normas ordinarias aplicables a toda ejecución³³.

Participando de la conclusión alcanzada, con fundamento en semejantes argumentos se manifiestan, entre otras resoluciones, los Autos del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Barcelona de 20 de enero de 2016³⁴, del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Gijón de 13 de abril de 2016³⁵, del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Benidorm de 10 de junio de 2016³⁶, del Juzgado de Primera Instancia

33 Y así, a modo de conclusión, el apartado E) del FJco 3° declara “que en supuestos, como el presente, en los que la participación del partícipe en el préstamo hipotecario es total, la entidad emisora de la participación hipotecaria carece de legitimación para instar el despacho de la ejecución complementaria (art. 579.1 LEC)”, lo que “prevalece sobre los pactos que en esta materia pudieran existir entre la entidad emisora y el Fondo partícipe, por el principio de legalidad procesal (art. 1 LEC)”, lo que acontece “con independencia de que ni siquiera el modo de ejercicio por la ejecutante de la acción hipotecaria y las personales complementarias se ajusta a la legislación especial, porque no acredita la compulsión del Fondo a la ejecución. La comparecencia de la ejecutante se arregla a la escritura de constitución del Fondo, por la que se otorga un poder... contra los deudores hipotecarios. En el presente proceso y en la ejecución hipotecaria antecedente, la ejecutante se ha presentado actuando en nombre propio (hasta el punto de aparentar una cesión de la adjudicación al verdadero dueño del crédito y beneficiario de la garantía (según la tesis de la participación hipotecaria como cesión), con lo que la entidad emisora se ha extralimitado del ámbito de su apoderamiento”.

34 Auto n° 24/2016, del JPI n° 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2016. En esta resolución, en la que supuestamente se produce una cesión total del crédito hipotecario, se significa que por la entidad cedente —ejecutante— no consta aportada documentación alguna al respecto “a cuyo alcance estaba, desconociéndose del todo la naturaleza, condiciones, plazo y partes de la operación realizada en la citada fecha en relación con el préstamo de autos, no constando tampoco el acceso al Registro en su caso de dicha hipotética participación hipotecaria”, advirtiéndose igualmente que, “de haber existido una cesión o transmisión del préstamo garantizado ..., concurriría la falta de legitimación activa alegada por los ejecutados en la entidad cedente del crédito al no ser éste titularidad de la misma en el momento de ejecución de la hipoteca que lo garantizaba”, toda vez que, “siendo que el procedimiento de ejecución hipotecaria está encaminado a obtener la satisfacción de la deuda garantizada con hipoteca (artículo 861 de la LEC), dicho derecho real no es independiente sino accesorio o vinculado al crédito que garantiza, exigiendo de hecho el artículo 685.2° de la LEC la aportación precisamente del título del crédito...”, y “de haberse producido la meritada cesión del préstamo hipotecario en su día suscrito..., la ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo y, con ello, también las acciones destinadas a su ejecución, incluida la hipotecaria ...” (FJco 2°).

35 Auto 67/2016, del JPI n° 5 de Gijón, de 13 de abril de 2016. En el que, en el contexto de una cesión total, se concluye la falta de legitimación activa de la ejecutante, toda vez que “al haberse producido una cesión a tercero del préstamo hipotecario en su día suscrito por los ejecutados ..., la ahora ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo y, con ello, también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria” (FJco 3°), significando, además, ser ésta la tesis mantenida por el Banco de España, por lo que “se debe apreciar falta de legitimación activa por no ostentar ... la condición de parte legítima conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (FJco 3°).

36 Auto 221/2016, del JPI n° 1 de Benidorm, de 10 de junio de 2016. En este Auto se declara que: “En la cesión total de los derechos de crédito, en su caso, la legitimación ordinaria para las acciones que derivan del crédito hipotecario correspondería al partícipe, no teniendo legitimación la entidad emisora, que es la ejecutante en el presente procedimiento. La entidad emisora no ha cedido a un tercero una parte o participación de sus derechos hipotecarios, sino que se agrupan en varios préstamos hipotecarios, y se ceden en su totalidad a un Fondo de Titulización de Activos, por lo que no se puede aplicar el art. 15 de la Ley de Mercado Hipotecario, ni el art. 16 y 65.3 RD 685/82, que solamente tendrían sentido cuando se cediera una porción de derechos de créditos, y que en todo caso se debería repartir conforme cada participación la parte que le pudiera corresponder al partícipe y al cedente”, de tal manera que, al haberse producido una cesión del préstamo hipotecario a un tercero, la ahora ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo,

e Instrucción nº 2 de Moncada de 15 de junio de 2016³⁷, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Villajoyosa de 11 de julio de 2016³⁸, y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Herrera del Duque de 6 de julio de 2016³⁹.

Por su parte, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona de 3 de mayo de 2016, si bien se declara que desde que se produjo la cesión el titular del crédito es el Fondo de Titulización, no se le niega la legitimación a la entidad cedente ejecutante que, además de seguir apareciendo como titular registral del crédito, ha actuado como custodia, administradora y gestora del crédito, estando por ello obligada a realizar todos los actos necesarios para su efectividad⁴⁰.

Para concluir, debe señalarse que, contrariamente a las resoluciones precitadas, partiendo de la premisa de que la titulización no supone venta ni cesión del crédito, mantiene una posición favorable al reconocimiento de la legitimación activa a favor de la entidad cedente ejecutante el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, de 17 de septiembre de 2015⁴¹. El mismo criterio sostiene el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 3 de marzo de 2016⁴². Por

y con ello, también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria. A tenor del art. 149 LH el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte conforme el art. 1526 Cc, subrogándose el cesionario en todos los derechos del cedente. Por su parte, el art. 1528 Cc expone que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorio, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio" (FJco 1º).

- 37 Auto nº 129/2016, del JPI nº 2 de Moncada, de 15 de junio de 2016. Por considerar que, partiendo de la existencia de una cesión de créditos determinada por la titulización "a la luz del derecho positivo sólo está legitimado para ejercer la acción ejecutoria el titular del préstamo de garantía hipotecaria y no siendo el ejecutante procede estimar la excepción planteada por la ejecutada" (FJco 1º).
- 38 Auto 339/2016, del JPI nº 2 de Villajoyosa, de 11 de julio de 2016. En esta resolución, que resuelve un supuesto de hecho en el que ya había recaído dictado del despacho de ejecución, acreditada la cesión de créditos determinada por la titulización, se concluye que "el despacho de ejecución a favor de quien no ostenta la condición de parte legitimada debe considerarse nulo por no haberse seguido las normas esenciales del procedimiento al faltar uno de los requisitos fundamentales de la acción ejercitada, como es que la entidad demandante no era titular del crédito que pretendía ejecutar (causa de nulidad del art. 225.3º)" (FJco 3º).
- 39 Auto 54/2016, del JPI nº 1 de Herrera del Duque, de 6 de julio de 2016. El Auto aprecia la falta de legitimación activa de la entidad ejecutante, toda vez que "la escritura revela que la transmisión del préstamo ha sido del 100% por lo que nos encontramos ante un supuesto de cesión total del crédito en el que el cedente ha perdido toda su legitimación quedando como único legitimado ordinario el cesionario" (FJco 2º).
- 40 Sentencia nº 88/2016, del JPI nº 54 de Barcelona, de 3 de mayo de 2016. Así, se concluye que desde la fecha de la titulización del crédito hipotecario el titular del mismo fue el Fondo de Titulización en virtud de la cesión efectuada, si bien la ejecutante mantuvo la titularidad registral y la custodia, administración y gestión del crédito como emisor del mismo estando obligada por ello a realizar todos los actos necesarios para su efectividad y buen fin, siendo, además, la única suscriptora de los bonos emitidos por el Fondo (FJco 6º).
- 41 En esta resolución se declara lo siguiente: "La Sala ante la falta de prueba del hecho y que en la certificación registral de la hipoteca aparece como acreedora la ejecutante ... no entra ni siquiera a analizar el motivo. Simplemente constata que, en efecto, de acuerdo con la normativa señalada, no hay venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de titulización para colocar esos activos en el mercado hipotecario y obtener financiación, con el beneficio añadido para la entidad financiera, en alguna de las modalidades, de sacarlos de balance (art. 1 de la Ley 1/1982 y 20 RD 716/2009). En suma, el acreedor mantiene la titularidad (art. 26.3 DR 716/2009) y ... está legitimada activamente".
- 42 Resolución que precisa el argumento precedentemente expuesto en el Auto de la Sección 1ª de la AP de Tarragona de 17 de septiembre de 2015, declarando que la ejecutante mantiene la titularidad "por cuanto el art. 26.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, señala que: "El emisor conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo". Además, el ejercicio de la acción hipotecaria le corresponde al emisor ... conforme a lo

su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 12 de abril de 2016, concluye que la cedente ostenta legitimación activa para el ejercicio de la acción hipotecaria toda vez que el Fondo de Titulización de Activos cesionario “no ostenta legitimación por carecer por completo de personalidad y por ende capacidad para ser parte conforme al artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no estando incluido ni en el supuesto del apartado 4º de tal precepto legal (pues la carencia de titular no es transitoria) ni en el caso del artículo 5 pues la ley no le reconoce capacidad para ser parte, sino todo lo contrario, le niega de forma clara y rotunda toda capacidad, por así fijarlo el artículo 1 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, regulador precisamente de los Fondos de Titulización de Activos aplicable por razones temporales”, y que “la Sociedad Gestora ... no tiene otorgado por ley, tampoco en la escritura de constitución del Fondo..., la facultad de entablar las acciones correspondientes para reclamar frente a los deudores de los préstamos hipotecarios, pues no tiene asignada la gestión ni la administración de los préstamos hipotecarios objeto de certificación ...”, resultando que la “entidad prestamista tiene por ley (también por contrato en el caso presente) otorgada la administración y gestión de los préstamos hipotecarios objeto de certificación de transmisión; pues el artículo 2-2 apartado b-último párrafo del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, fija: “En cualquier caso, el cedente conservará la administración y cesión del crédito cedido, salvo pacto en contrario”. Es más, al momento de constituirse este Fondo ..., y dada esa redacción legal, no se dispuso nada en contrario a la norma legal general, al contrario, reforzaron tal encomienda a la entidad bancaria, más si cabe, al facultarle para la reclamación ejecutiva de los préstamos hipotecarios por impago de los deudores” (F. Jco 3º)⁴³.

prevenido por los artículos 30.1 y 31 a) de la mencionada norma legal”. A la misma conclusión llega el Auto del JPI nº 26 de Barcelona de 7 de junio de 2016 que, partiendo de la consideración de que el procedimiento de ejecución hipotecaria se encuentra basado en la legitimación registral y en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad, que permiten presumir que el derecho de hipoteca pertenece a su titular, el acreedor hipotecario, en la forma que resulta del Registro, presunción no desvirtuada en la causa enjuiciada, por cuya virtud la legitimación procesal ordinaria para la ejecución hipotecaria corresponde a la entidad bancaria emisora de las participaciones hipotecarias –salvo concurrencia de las circunstancias que determinarían la legitimación subsidiaria por subrogación del titular de la participación hipotecaria por la cuantía de su respectiva participación- por aplicación de los principios de legalidad y especialidad hay que atenerse a la normativa especial vigente frente a las disposiciones de carácter general u ordinarias y, sin discutir que la participación hipotecaria conlleva una cesión, total o parcial, del crédito, concluir que el legislador no ha optado por la transmisión del crédito hipotecario a través de un contrato de cesión ordinaria sino que la operación se vehiculiza a través de un título intermedio –las participaciones hipotecarias o los certificados de transmisión hipotecaria- que determina una doble titularidad de un determinado crédito hipotecario de la entidad emisora y, además, que representa los derechos del partícipe frente a dicha entidad, en definitiva, una doble titularidad determinante de una cotitularidad en régimen especial respecto del crédito hipotecario participado y un derecho de crédito específico frente al banco emisor, régimen especial de cotitularidad no sujeto al Código Civil sino al previsto en la normativa especial conforme al cual el banco puede ser o no cotitular de una parte del crédito pero, en todo caso, conserva facultades/funciones de administración y custodia del mismo y en su virtud vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del crédito conservando, por disposición legal, la titularidad registral y por ello la legitimación como acreedor hipotecario para ejecutarlo y únicamente en el caso de impago de las participaciones por impago del crédito participado y –concurrente- inactividad ejecutiva del banco tendrá legitimación por subrogación el titular de la participación que podrá concurrir, en igualdad de derechos, con el acreedor hipotecario en la ejecución que se siga contra el deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación.

43 Auto nº 516/2016, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 12 de abril de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Caruana Font de Mora.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAL MARTÍNEZ, J. y BRAVO ÁLVAREZ, A. J.: "Un breve estudio de la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial", *Boletín Económico del ICE, Información Comercial española*, núm. 3067, del 1 al 30 de septiembre de 2015, pp. 29-38.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009.

CARRASCO PERERA, Á.:

- *Tratado de los Derechos de Garantía. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*, Madrid, 2015, 3ª ed.

- "No es una práctica comercial abusiva la no puesta en conocimiento del deudor hipotecario de la cesión de la hipoteca", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, marzo de 2016 (en tres páginas).

CATARINEU, E. y PÉREZ, D.: "La titulación de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial", *Estabilidad Financiera*, núm. 14, 2008 (en 36 páginas).

GARCÍA-OCHOA MAYOR, D. y EGUÍA, J. M.: "Una aproximación al futuro régimen de las titulaciones en la Unión Europea: análisis de la opinión del BCE", *Diario La Ley*, nº 8849, Sección Tribuna, 24 de Octubre de 2016.

GARCÍA GARCÍA, J. M. en "Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil", Navarra, 2010 (31ª ed.).

IGLESIAS GARCÍA-VILLAR, M.: "Inscripción en el Registro de la Propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria", *Diario La Ley*, nº 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014.

PARRA LUCÁN, Mª. Á.: "Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 711, enero-febrero de 2009, pp. 261-349.

REDONDO TRIGO, F.: “Algunos problemas de la titulación ante los procesos de ejecución hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 753, 2016, pp. 599-619.

RODRÍGUEZ BOIX, F.: “La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, en www.notariosyregistradores.com.

ROMERO REY, M. Á.: “El régimen jurídico de la titulación de activos; referencia especial al deporte”, *Revista Jurídica de deporte y entretenimiento; deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n° 12, 2004, pp. 189-216.

