

## 2. MERCANTIL

### Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria

#### *Some Problems of Securitisation in Foreclosure*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

**RESUMEN:** Acerca de la cuestión de la distribución de la legitimación entre la entidad emisora de participaciones hipotecarias y el partícipe, falta una legislación o una doctrina previa de los tribunales que permita a los operadores jurídicos conocer con razonable certeza el ámbito de su legitimación (auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada de 6 marzo 2015).

**ABSTRACT:** *There is no legislation or established court doctrine of which legal practitioners can avail themselves in order to act with reasonable certainty regarding the distribution of legal standing between a bank that has issued mortgage bonds and its bondholders (Court of First Instance Number 1 of Fuenlabrada, decree of 6 March 2015).*

**PALABRAS CLAVE.** Derecho de contratos. Participaciones hipotecarias. Cesiones de créditos

**KEY WORDS:** *Contract law. Mortgage bonds. Assignment of receivables.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. LAS PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y LOS CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS COMO CESIONES DE CRÉDITOS.—II. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CESIONES DE HIPOTECAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—III. DEL CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN POR EL DEUDOR CEDIDO.—IV. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL CASO DE PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS.—V. EPÍLOGO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

#### I. INTRODUCCIÓN. LAS PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y LOS CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS COMO CESIONES DE CRÉDITOS

En términos generales, puede decirse que un proceso de titulización es aquel proceso financiero mediante el cual se transforman unos activos generalmente

ilíquidos (créditos/préstamos) en títulos o valores negociables, mediante su cesión a un fondo de titulización, quien a su vez emite estos valores para su colocación entre inversores institucionales, lo que permite a las entidades de crédito financiar su actividad sin tener que acudir a otras vías, como por ejemplo, a ampliaciones de capital.

Ello 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 fondo de titulización, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas.

Uno de los problemas de dicho proceso financiero, en cuanto a lo que ahora nos ocupa, es que el Banco de España viene entendiendo que de conformidad con la normativa reguladora de las titulizaciones de activos, no se desprende que en ningún momento los deudores tengan que ser informados, ni de la incorporación ni de la baja de sus préstamos a un Fondo de Titulización, con la lógica indefensión que la cuestión puede generar al respecto.

En España, se suele afirmar que más del noventa por ciento de las titulizaciones ha sido originada por entidades de crédito vendiendo sus activos a fondos de titulización, pero también vendiendo pasivos bancarios que posteriormente se titilizan), *vid.* al respecto sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) núm. 100/2015 de 24 de febrero de 2015 (AC 2015, 546) donde en un litigio relativo a la titulización de activos financieros entre el correspondiente Fondo de Titulización de Activos y la acreedora hipotecaria inicial, acerca de la responsabilidad de esta sobre la verificación de los requisitos de los préstamos hipotecarios titulizados en cuanto a la falta de control del riesgo de dichos activos, se expresa literalmente lo siguiente: «*En ningún momento se ha cuestionado el contenido de lo convenio, ni tampoco que la cedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1529 del Código Civil y 348 Código de comercio, a los que se hace referencia en la estipulación 6 del contrato estaba obligadas a responder solo de la existencia y legitimidad de los préstamos hipotecarios que cedían y de las participaciones y certificados emitidos; añadiendo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil —autonomía de la voluntad de las partes— que esa responsabilidad concretada a la existencia y legitimidad lo sería «en los términos y condiciones declarados en la estipulación 8 siguiente»*», es decir, ni siquiera entre los intervinientes de la titulización cuando litigan entre ellos discuten la cesión del crédito existente.

Pues bien, cuando como en el caso de la correspondiente ejecución hipotecaria los activos del Fondo estará formados normalmente por participaciones y certificados de transmisión hipotecaria, que son títulos similares a las participaciones hipotecarias pero con una inferior calidad crediticia, la cuestión procesal correspondiente a la legitimación activa para la ejecución del préstamo garantizado con la hipoteca titulizada resulta sumamente relevante y necesaria de predeterminar de antemano debido al carácter de Orden Público de la misma, como con posterioridad tendremos ocasión de exponer a la luz del auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 95777).

Sin embargo, los deudores hipotecarios tienen verdaderas dificultades para conocer efectivamente si su hipoteca ha sido o no titulizada ya que la búsqueda a través de los registros oficiales de la CNMV para lograr el conocimiento del correspondiente Folleto de Emisión y la Escritura de constitución del Fondo, suele ser bastante complicada, a partir de los datos de la entidad de crédito que ha titulado su hipoteca, para la gran mayoría de deudores hipotecarios carentes,

por lo general, de formación financiera para emprender la referida búsqueda. Otro recurso que se viene utilizando es solicitar ayuda al Banco de España, ante la falta de colaboración de la correspondiente entidad de crédito titulizadora, pero como hemos advertido la respuesta tampoco viene siendo satisfactoria.

En este sentido, hemos de tener presente que la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, reforma el régimen de las titulizaciones en España, según su propia Exposición de Motivos, con el siguiente alcance:

*«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 titulación de activos y fondos de titulación hipotecaria. No obstante, los fondos de titulación hipotecaria existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley cohabitarán con los nuevos fondos de titulación de activos hasta que se extingan progresivamente. El segundo eje rector de esta Ley pretende aproximar nuestro régimen jurídico 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 titulación 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 titulación, sin perjuicio de la repercusión al fondo de titulación de los gastos que correspondan, de acuerdo con lo previsto en la escritura de constitución».*

Es decir, se nos dice por el legislador que la Ley persigue fortalecer sustantivamente las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, aunque a estos efectos se regula, en esta materia, solo lo siguiente:

*«Artículo 34. Obligaciones de información.*

*1. De cada uno de los fondos que gestionen y en los términos previstos en esta Ley, las sociedades gestoras de fondos de titulación deberán publicar en su página web:*

- a) La escritura de constitución y, en su caso, las demás escrituras públicas otorgadas con posterioridad,*
- b) el folleto de emisión y, en su caso, sus suplementos, y*
- c) el informe anual y los informes trimestrales.*
- 2. La sociedad gestora deberá poder acreditar en cualquier momento el cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en el apartado anterior.*
- 3. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá determinar la forma, contenido y demás condiciones de elaboración y publicación de la información a la que se refiere este capítulo».*

*«Artículo 35. Informe anual e informes trimestrales.*

1. El informe anual deberá contener:
  - a) Cuentas anuales debidamente auditadas, acompañadas del correspondiente informe de auditoría.
  - b) Una relación desglosada de los activos cedidos al fondo, de acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
  - c) Una relación desglosada de los pasivos del fondo, de acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
  - d) En su caso, indicación del importe de los compromisos que se deriven de los instrumentos derivados contratados.
  - e) El desglose de las comisiones satisfechas y conceptos de las mismas.
  - f) Un informe sobre el cumplimiento de las demás reglas de funcionamiento del fondo establecidas en la escritura de constitución. En caso de que la sociedad gestora realice una gestión activa, un informe sobre el cumplimiento de las políticas de gestión de activos y de riesgos.
  - g) Cualquier otra información que pueda determinar la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
2. El informe anual deberá remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para su inscripción en el registro correspondiente, en los cuatro meses siguientes a la finalización del ejercicio anterior.
3. Los informes trimestrales, que tendrán la información a que se refieren las letras b) a g) del apartado 1 de este artículo, habrán de remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en los dos meses siguientes a la finalización del trimestre natural, que los incorporará al registro correspondiente.
4. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberán sujetarse los estados financieros de los fondos y el alcance y contenido de los informes especiales de auditores u otros expertos independientes».

Por lo tanto y ante lo anterior, ¿requerirá la Comisión Nacional del Mercado de Valores que en los Informes Anuales de las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización integren la comunicación a los deudores hipotecarios consistente en que su crédito ha sido titulizado?, sinceramente lo dudo muchísimo, a raíz de los propios antecedentes de la CNMV en materia de protección del inversor.

Así, por ejemplo, en materia de derivados financieros ya asistimos en su día a un conocido documento elaborado por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores titulado como <Delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura><sup>1</sup>, que a nuestro juicio supuso un claro paso hacia atrás para la contratación de estos derivados financieros por dejar al margen de los mismos la aplicación de la normativa MIFID, cuando estén ligados o vinculados a préstamos o créditos ofertados por las entidades de crédito, en contra claramente de los criterios establecidos por la normativa comunitaria de aplicación.

A lo anterior, tampoco coadyuva el razonamiento consistente en que la emisión y negociación de títulos relativos al Mercado Hipotecario, participaciones hipotecarias, queden al margen del Registro de la Propiedad, salvo cuando vayan no destinadas a inversores profesionales (siendo precisamente el supuesto más común, cuando van dirigidas a inversores profesionales) puesto que el artículo 29 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, establece lo siguiente:

*«Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, tal y como se definen en el artículo 78 bis de la Ley 24/1988, 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».*

Y para la negociación, el artículo 32 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, establece lo siguiente:

*«Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, tal y como se definen en el artículo 78.bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado, su transmisión se formalizará en escritura pública, de la que se tomará nota en el Registro de la Propiedad, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente».*

Lo mismo, ha de decirse para los certificados de transmisión de hipoteca, ya que la Disposición Adicional Primera 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 remite al régimen legal de las participaciones hipotecarias, teniendo además presente que según dicha Disposición Adicional excluye a los inversores no profesionales como tenedores de los certificados de transmisión de hipotecas.

Tal ausencia de constancia en el Registro de la Propiedad, en este caso para los bonos hipotecarios, también se reforzó en su día con la modificación el artículo 13 de la Ley del Mercado Hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, que prevé lo siguiente:

*«El capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre los préstamos y créditos hipotecarios que se afecten en escritura pública, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora, y, si existen, por los activos de sustitución contemplados en el apartado segundo del artículo 17 que se afecten en escritura pública y por los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión, en las condiciones que reglamentariamente se determinen».*

Siendo la redacción anterior del referido artículo 13 de la Ley del Mercado Hipotecario, la siguiente:

*«El capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados por los créditos hipotecarios que se afecten en la escritura de emisión, lo que se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota al margen de las respectivas inscripciones de las hipotecas afectadas».*

A pesar de otras diferencias existentes, entre los bonos y las participaciones hipotecarias, la principal a los efectos que nos ocupa es que las participaciones hipotecarias se configuran como una auténtica cesión del crédito hipotecario.

En este sentido, la propia Exposición de Motivos 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, que establece lo siguiente:

*«En tercer lugar, se introduce también un cierto grado de actualización en el régimen de las participaciones hipotecarias. 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».*

En función de lo anterior, en los casos de participaciones hipotecarias donde efectivamente cada valor se referirá a una participación en un determinado préstamo o crédito hipotecario, en las que el emisor conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario pero produciéndose una cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa, es donde se nos muestra con claridad el debate que se está suscitando en la práctica acerca de la legitimación activa del Fondo de Titulización o de la entidad de crédito originariamente acreedora hipotecaria antes de la cesión del crédito hipotecario operada tras la emisión de las cédulas hipotecarias y sobre el acceso de la emisión y negociación de dichas participaciones hipotecarias al Registro de la Propiedad. Aunque también ha de manifestarse que los certificados de transmisión de hipotecas, se configuran como auténticas cesiones de créditos, por lo que la problemática es similar.

Destaca a nuestro juicio sobre este tema, el acertado auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 95777), que analiza las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas, como auténticas cesiones de créditos hipotecarios, desde la base del siguiente razonamiento:

«Aunque la actual regulación sustantiva y procesal es discordante, la tesis de la cesión nos parece hoy suficientemente consolidada por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup> 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 init. RMH 2009; para el CTH, disp. ad. 1.<sup>a</sup> 7 RMH 2009). Obsérvese el inciso «en su caso», luego no siempre (como en la titularidad fiduciaria), refiriéndose el caso a la cesión parcial.

2.<sup>a</sup> 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 (RCL 2004, 2693 y RCL 2006, 1296), norma 23.<sup>a</sup>: «Baja del balance de los activos financieros».

3.<sup>a</sup> Abona la tesis de que el crédito hipotecario sale del patrimonio de la entidad emisora que «en caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación solo será impugnabile en los términos del artículo 10, y, en consecuencia, el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación» (art. 15 últ. LMH).

4.<sup>a</sup> 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.).

## II. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CESIONES DE HIPOTECAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La cuestión sobre el carácter constitutivo o no de la inscripción de la cesión de la hipoteca en el Registro de la Propiedad está muy discutida a nivel de nuestras Audiencias Provinciales.

Un buen resumen de dicha discusión, nos lo ofrece el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>) núm. 48/2014 de 14 de febrero de 2014 (AC 2014, 1952), de la forma siguiente:

*«Las alegaciones expuestas en los motivos de apelación nos trasladan a un debate abierto donde existen posturas divergentes entre las Audiencias Provinciales, e, incluso entre las Secciones que las componen, como ocurre en esta de Madrid. La posición sostenida por la apelante es defendida también en resoluciones, entre otras, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, A 24 de octubre de 2003, Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, A 5 de febrero de 2013 (JUR 2013, 137483) o de la Sección 21.<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial de Madrid, A 20 de abril de 1999 (AC 1999, 8420). El fundamento principal se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989 (RJ 1989, 4797), que tras declarar la legitimación del cesionario a título universal para ejercitar todos los derechos que correspondieron a la sociedad cedente o adjudicante, declara igualmente que las exigencias formales recogidas en el artículo 149 LH (RCL 1946, 886) referidas al crédito hipotecario cedido han de ser entendidas en relación a los terceros, pues la inscripción no es constitutiva y solo robustece el título inscrito frente a esos terceros a efectos de la fe pública registral.*

*La posición contraria se defiende, entre otras, por la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.<sup>a</sup>, A 4 de febrero de 2013 o la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.<sup>a</sup>, A 25 de febrero de 2013 (JUR 2013, 159484), teniendo especial interés el auto dictado por la Sección 11.<sup>a</sup> el día 13 de marzo de 2013 (AC 2013, 1063) donde*

se recogen también las diferentes posturas, concluyendo que la modificación del artículo 149 LH (RCL 1946, 886) distingue en su redacción actual entre la cesión del préstamo hipotecario y la cesión de la hipoteca, de modo que si para la primera se limita a establecer que «podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil (LEG 1889, 27)», en cuanto a 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», de modo que si bien resulta incuestionable la posibilidad de ceder el préstamo sin especiales requisitos formales, la utilización del procedimiento sumario y especial de ejecución de la garantía hipotecaria impone que la cesión se haya hecho constar en escritura pública e inscrito en el Registro. Ese argumento permite explicar la ausencia de colisión con la tesis mantenida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de junio de 1989 cuando la redacción del primer párrafo del artículo 149 LH (RCL 1946, 886) era otra, donde se decía: «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», pues la norma no diferenciaba, como ahora, entre el negocio jurídico financiero y su garantía a efectos de establecer las exigencias formales para la cesión. Es más, la nueva redacción se muestra como una aclaración, o si se quiere, acentuación del rigor especialmente buscado por el Legislador frente a las dudas que pudiesen surgir de la redacción anterior, de modo que carecería de sentido el precepto y vacío de contenido si se prescinde de la obligación de inscribir la cesión de la hipoteca como un presupuesto formal para posibilitar la ejecución de la garantía real en el procedimiento sumario. Por eso, como se razona en el Auto de la Sección 11.<sup>a</sup>, en cuanto el acreedor cesionario tiene a su disposición varias vías legales para exigir el crédito cedido, si quiere ejecutar la garantía hipotecaria acudiendo al procedimiento especial y sumario, con las ventajas procesales que ello le comporta, habrá de cumplir las formalidades exigidas para optar a esa vía. En consecuencia, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues ni se priva a la ejecutante de la posibilidad de acudir a otro proceso, ni de instar el de ejecución cuando las formalidades legalmente impuestas se cumplan. Este es el criterio de la Sección 25.<sup>a</sup> mantenido ya en resoluciones dictadas en procedimientos de apelación 1027/2012, 1043/2012 y 143/2013».

En el ámbito de las reestructuraciones bancarias, tampoco la posición de la conocida jurisprudencia menor es unánime, como también resume el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.<sup>a</sup>) núm. 337/2014 de 18 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 50578), de la siguiente forma: «Así analizando las resoluciones de nuestros tribunales y sin ánimo de ser exhaustivos encontramos posiciones encontradas, admitiendo la legitimación de las nuevas sociedades la Sección 11 de la Audiencia de Barcelona (auto de 15 de septiembre de 2011), Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia de Sevilla (auto de 3 de junio de 2013), la Sección 12.<sup>a</sup> de la Audiencia de Madrid (auto de 11 de enero de 2013) y esta misma Sección 14 de la Audiencia de Madrid, mientras que es negada por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia de Castellón a la que nos hemos referido, por la Sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia de Valencia (auto de 4 de febrero de 2012), Sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia de Madrid (auto de 18 de enero de 2013) y Sección 11.<sup>a</sup> de la misma Audiencia (auto 25 de febrero de 2013), aunque, estas últimas, más que en el carácter formal y constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario, tema que ya hemos abordado anteriormente, inciden en los problemas que la ausencia de la inscripción de la cesión del crédito puedan suponer para llevar adelante con las debidas garantías el proceso de ejecución hipotecaria».

La Magistrada, titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 100 de Madrid, de ejecuciones hipotecarias, favorable a la inscripción del ejecutante (cesionario) en el Registro de la Propiedad, con argumentos también basados en el Código de Buenas Prácticas Bancarias, nos concluye lo siguiente<sup>2</sup>:

- a) El ejecutante hipotecario ha de justificar necesariamente que es el titular actual del derecho real que pretende ejecutar, mediante certificación expedida por el Registrador de la Propiedad, sin que sea suficiente que acredite su condición de dueño actual del crédito cualquiera que sea su título de adquisición.
- b) El Tribunal ha de examinar, de oficio, la legitimación del actor y que esta cumple todos los requisitos exigidos, entre ellos como dejo dicho que es el titular actual del derecho en el Registro de la Propiedad.
- c) Si se incumple alguno de estos postulados, y pese a la falta de alguno de los requisitos se despacha ejecución, el ejecutado puede hacer valer sus derechos mediante el planteamiento de nulidad de actuaciones, o acudiendo al procedimiento declarativo posterior.
- d) La inscripción en el Registro de la Propiedad de la titularidad actual del derecho hipotecario, facilita que el deudor pueda acceder a los beneficios derivados del Código de Buenas Prácticas.>

También, tras la modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007, se pronuncian sobre el carácter constitutivo de la cesión del crédito hipotecario, un gran sector doctrinal destacando autores como GARCÍA GARCÍA, PÉREZ-RUBIO y PARRA LUCÁN<sup>3</sup>, sin embargo, manteniendo la postura contraria destaca la posición de CARRASCO PERERA<sup>4</sup>.

Ante este panorama judicial y doctrinal, la extracción de una conclusión unánime sobre la cuestión es absolutamente imposible. Sin embargo, en nuestra opinión, somos partidarios de defender el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad por la propia dicción del artículo 149 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, dada la distinción entre la cesión del préstamo hipotecario y la cesión de la hipoteca, de modo que si para la primera se limita a establecer que *«podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil»*, en cuanto a 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»*.

En el tema que ahora nos ocupa, si mantenemos el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad en virtud de lo previsto en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria (modificado en 2007) no puede entenderse cómo 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 pese a explicarnos en su Exposición de Motivos que las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas son auténticas cesiones de créditos, con posterioridad niega la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad a las participaciones hipotecarias a menos que vayan destinadas a inversores no profesionales y vetar también el acceso registral de los certificados de transmisión de hipotecas ya que estos solo pueden ser dirigidos a inversores profesionales.

En nuestra opinión, carece de sentido lógico y además entendemos que supone un exceso reglamentario frente al texto legislativo que redunda, como casi

siempre suele suceder, en un perjuicio del deudor hipotecario desconocedor del titular de la correspondiente participación hipotecaria y por tanto indefenso ante las posibilidades de actuación en cuanto a la nulidad de actuaciones por falta de legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria instado por el emisor de las participaciones hipotecarias (primitivo acreedor hipotecario) y no por el Fondo de Titulización, si no se ha observado el proceso de legitimación al efecto que regula el artículo 31 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, tal y como tendremos oportunidad de ver con posterioridad.

### III. DEL CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN POR EL DEUDOR CEDIDO

Conviene comenzar esta cuestión relativa al conocimiento de la cesión por el deudor cedido, recordando el FJ núm. 14 de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 792/2009 de 16 diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702)<sup>5</sup>, cuando declara abusiva la cláusula de exoneración de la comunicación de la cesión del crédito hipotecario razonando lo siguiente:

*«A la misma se refiere el fundamento de derecho vigesimoprimer de la sentencia recurrida que la recoge con el siguiente tenor literal: «En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste».*

*La sentencia recurrida acoge los argumentos de las entidades BBVA y CAJA MADRID en orden a estimar que la cláusula controvertida no es incardinable en el Apartado 10.ª de la DA 1.ª LGDCyU que se refiere a «la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de este». Argumenta, en síntesis, que no se trata de cesión de contrato sino de crédito y que no hay merma de garantías del consumidor, ni siquiera en el caso de que haya transmisión de la hipoteca, además de que el artículo 242 RH expresamente autoriza la renuncia del deudor, precepto que no es incompatible con la DA 1.ª LGDCU. Asimismo hace referencia a la aplicabilidad, pese a la cláusula, de los artículos 1198, 1527 y 1887 del Código Civil, según la alegación efectuada por Caja Madrid.*

*Para responder a este motivo debe significarse que la cesión a que se refiere la cláusula lo es de contrato. Así resulta de la referencia a préstamo, y no a derecho de crédito derivado del préstamo, y de manera incontestable resulta en el texto de la póliza de Caja Madrid [no recogido en el fundamento de la resolución recurrida] que se refiere a transferir «todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, al efecto, le concede el artículo 149 de la vigente Ley Hipotecaria». A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio [*RJ* 2006, 5394] y 6 de noviembre de 2006 [*RJ* 2006, 9425], 8 de junio de 2007 [*RJ* 2007, 3465], 3 de noviembre de 2008, 30 de marzo de 2009 [*RJ* 2009, 2001]). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2003, 19 de febrero de*

2004, 16 de marzo de 2005, 29 de junio de 2006 [RJ 2006, 5394], 8 de junio de 2007 [RJ 2007, 3465], 3 de noviembre de 2008 [RJ 2008, 5886]), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1.<sup>a</sup>, en el caso apartados 2.<sup>a</sup> —reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo—, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de este), y 14 —imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor—, como de la normativa general de los artículos 10.1,c) y 10 bis,1, párrafo primero, de la LGDCU.

Sostiene la resolución impugnada que la cláusula genérica que transcribe recoge una cesión de crédito, y no una cesión de contrato, y acoge la tesis de la parte recurrida de que la cláusula no se opone a la aplicabilidad de los artículos 1198, 1527 y 1887 del Código Civil.

Si así fuere, la cláusula [que transcribe la resolución recurrida] no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los artículos 1112, 1528 y 1878 del Código Civil y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7138], 15 de julio de 2002 [RJ 2002, 7178], 26 de marzo y 13 de julio de 2004, 13 de julio de 2007, 3 de noviembre de 2009 [RJ 2009, 5826]). Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación «contra proferentem» (art. 1288 del Código Civil), es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los artículos 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1.<sup>a</sup> LGDCU. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7138]); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2002 [RJ 2002]). La renuncia anticipada a la notificación, 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 DA 1.<sup>a</sup> 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. 7178]).

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El artículo 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al artículo 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el artículo 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero 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. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley» (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso)».*

Pues bien, el artículo 242 del Reglamento Hipotecario, prevé lo siguiente:

*«Artículo 242.*

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».

Mientras que el artículo 151 de la Ley Hipotecaria, establece lo siguiente:

*«Artículo 151.*

*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».*

Es decir, pese a la eliminación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria del requisito de notificación al deudor cedido y pese a admitirse la disociación entre la cesión del crédito garantizado con hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca en cuanto se somete a aquella a la cesión de créditos prevista 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, no podemos desatender la vigencia del artículo 151 de la Ley Hipotecaria y del artículo 242 del Reglamento Hipotecario, lo que hacen inclinarnos por la necesaria notificación al deudor cedido de la cesión del crédito hipotecario para evitar que el deudor pueda pagar al cedente con efectos liberatorios, puesto que de lo contrario, carece de sentido la responsabilidad del cedente de los daños y perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta de notificación, debiéndose sostener por otro lado que dicha renuncia puede ser considerada abusiva en la contratación con consumidores y usuarios<sup>6</sup>.

A este respecto, tampoco podemos olvidar que el artículo 176 del Reglamento Hipotecario, regula lo siguiente:

*«Artículo 176.*

*La inscripción de cesión de créditos hipotecarios, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y este 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 Ley».*

O sea, que inscrita la cesión del crédito hipotecario y no constando en el Registro de la Propiedad el conocimiento del deudor, se permite el pago por el deudor al cedente y la cancelación de la referida inscripción mediante la acreditación del referido pago, aunque las reglas generales del pago efectuado por buena fe deberían hacer extensible también dicha liberación del deudor cedido pese a que la inscripción de la cesión no se hubiera inscrito, si se defiende la postura no constitutiva de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario.

El reflejo de lo anterior, en las relaciones internas entre el emisor y el Fondo de Titulización, se produce en el artículo 33 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, que regula lo siguiente:

«Artículo 33. Extinción.

1. *Extinguido el préstamo o crédito hipotecario participado, el titular de las participaciones conservará acción contra el emisor hasta el cumplimiento de sus obligaciones, en cuyo momento procederá su rescate. Las participaciones hipotecarias se extinguirán por amortización o por inutilización de las que por cualquier causa obren en poder y posesión legítima de la entidad emisora.*

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 participaciones.*

*El acta notarial de amortización o inutilización del título de participación en poder de la entidad emisora será título para la cancelación de la afectación, bien total, bien parcial, respecto de los amortizados o inutilizados».*

Sin embargo, la perversión del sistema puede manifestarse también si entra en juego el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, para los casos en los cuales se cede un crédito hipotecario nulo o extinguido, pero que consta inscrito en el Registro en el Registro de la Propiedad.

En este sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO<sup>7</sup> efectúa las siguientes reflexiones en un interesante trabajo:

«Esta diversidad de soluciones según cuál sea el orden de los hechos, me lleva a la necesidad de diferenciar una serie de situaciones, en las que unas veces debe ser protegida la apariencia del que adquirió el crédito confiando en la apariencia registral (art. 144 LH), y otras el que pagó desconociendo sin su culpa el cambio de acreedor (arts. 1164 y 1527 del Código Civil):

1. La primera situación es la más clara, plena aplicación del artículo 144 LH: el deudor paga, o extingue de otro modo su deuda, y no procede a cancelar la hipoteca, de forma que el antiguo acreedor, basándose en la apariencia registral, transmite a un tercero de buena fe que inscribe su adquisición y la notifica al antiguo deudor. Es claro que, en tal circunstancia, procede la plena aplicación del artículo 144 LH, y que la hipoteca renacerá con independencia del crédito, como una carga real autónoma. Esto será así, a mi juicio, incluso cuando aún no se haya realizado la notificación al antiguo deudor, ya que, siendo el pago anterior a la cesión, no puede decirse que el pago del deudor haya venido provocado o propiciado por la falta de notificación.

2. Situación, en cierto modo, totalmente inversa a la primera: el titular del crédito hipotecario lo cede, se omite su inscripción o su notificación, y el deudor paga desconociendo la cesión y cancela la hipoteca. En ese caso, merece plena protección el deudor, conforme con los artículos 1164 y 1527 del Código Civil.

3. Una situación un tanto extraña, parecida a la descrita en el número 1, pero con solución distinta: se paga el crédito hipotecario, no se cancela la hipoteca, y el antiguo acreedor procede a ceder a un tercero que no inscribe. El tercero no se verá protegido, pues no llegó a inscribir, y la realidad es que el crédito es inexistente. El deudor podrá cancelar y quedará protegido frente a cualquier pretensión del adquirente del crédito, que al amparo del artículo 1529 del Código Civil habrá de dirigirse contra el antiguo acreedor. Lo mismo sucederá,

y con más razón, cuando a esa misma sucesión —pago, no cancelación, cesión no inscrita— se suma al final la cancelación del crédito hipotecario por pago.

4. Otra posibilidad, parecida ahora a la descrita en el número 2, es aquella en la que se produce primero la cesión del crédito hipotecario todavía existente, sin proceder a su inscripción o notificación, de forma que el deudor paga de buena fe al acreedor aparente, pero tampoco procede a la cancelación. Lo mismo que en el caso anterior, la falta de inscripción —o notificación— del adquirente del crédito, unida a la protección del que paga al acreedor aparente, determina la protección del deudor. La misma solución sería aplicable incluso cuando a la misma sucesión vista —cesión no inscrita o no notificada, pago al acreedor aparente sin dar lugar a cancelación— se le suma al final la inscripción de la cesión. Aunque en este caso el supuesto pueda parecerse al recogido en el número 1, el orden es aquí diverso, pues aquí se procede primero a la cesión, omitiendo entonces algo, mientras que en el número 1 se produce primero el pago, y es el deudor el que realiza la primera omisión. Por tanto, en el supuesto que ahora contemplamos hay un elemento o momento de negligencia del cesionario, que no se produce en el número 1. Con las debidas adaptaciones, es por tanto el supuesto que sirve de base a la resolución de 24 de abril de 1991.

Para cerrar la exposición de supuestos, quiero aclarar la cierta extrañeza que puede provocar que, en los casos expuestos en los números 2 y 4, los pagos y extinciones realizados por el deudor con un acreedor aparente afecten al cesionario, mientras que en el supuesto recogido en el número 1 no le afecten a este los realizados por el deudor al verdadero acreedor. El fundamento de ese resultado es que en ambos casos se trata de la confrontación de normas de protección de la apariencia (arts. 1164 y 1527 del Código Civil, por un lado; art. 144 LH, por otro); y la protección que se brinda encuentra su fundamento en la menor protección que merece el que, con su conducta omisiva, provocó en un tercero la confianza en la normal eficacia de sus actos. Así, aunque en los supuestos recogidos en los números 2 y 4, el pago del deudor se produce a un acreedor aparente, ello es imputable a una omisión del cesionario, y a él debe perjudicarlo; mientras que en el caso recogido en el número 1, plena aplicación del artículo 144 LH, es la negligencia del deudor al no cancelar la hipoteca la que provoca su propio perjuicio».

Pues bien, si con 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 el emisor de la participación hipotecaria viene obligado a realizar *cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo* y, si como decíamos, se defiende que la emisión y negociación de títulos relativos al Mercado Hipotecario, participaciones hipotecarias, queden al margen del Registro de la Propiedad, salvo cuando vayan no destinadas a inversores profesionales (siendo precisamente el supuesto más común, cuando van dirigidas a inversores profesionales) dado el artículo 29 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, ¿Podría darse en estos casos el interés del Fondo de Titulización en que accediera al Registro de la Propiedad la cesión de su crédito hipotecario?, ¿podría entonces converger en estos casos el interés del deudor hipotecario en conocer quién es su verdadero acreedor hipotecario a través del acceso de la emisión de las participaciones hipotecarias al Registro de la Propiedad y a través de la comunicación de la emisión de las mismas? *Qui prodest?*

En nuestra opinión, entendemos que existe una verdadera descoordinación entre las normas financieras y las normas hipotecarias que inciden como hemos visto no solo en el aspecto material, sino en el aspecto adjetivo de la titulización mediante cesiones de créditos hipotecarios.

#### IV. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL CASO DE PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS

Volviendo al auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 95777), trata la cuestión de la legitimación activa en la ejecución hipotecaria cuando ha existido emisión de participaciones hipotecarias de la siguiente forma:

*«Ahora bien, con los textos normativos vigentes, la distribución de la legitimación frente a los deudores, puede resumirse del siguiente modo:*

*a) La ley solo regula el caso del incumplimiento del deudor prestatario, no de otros deudores accesorios (arts. 15 IV med. LMH y 31 init. RMH 2009).*

*b) El partícipe puede compeler a la ejecución del deudor por la entidad emisora (art. 15 IV fin. LMH), entendiéndose que es la ejecución hipotecaria (art. 31 a], c] y d] RMH 2009). En consecuencia, la entidad emisora ostenta legitimación extraordinaria para la acción hipotecaria en la cuantía de la participación, previa compulsión del partícipe. En sentido restrictivo, la legitimación extraordinaria de la entidad emisora no se extiende a la ejecución complementaria (art. 579.1 LEC [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]) porque la ejecución complementaria es una novedad procesal posterior en el tiempo a la legislación especial (aunque es discutible, interpretamos el término «ejecución» como definición estática y no dinámica, porque está en juego una imposición a la entidad emisora [in dubio minus]) y, menos dudosamente, por interpretación contextual de otros enunciados del artículo reglamentario.*

*c) El partícipe puede intervenir voluntariamente (art. 13 LEC) en cualquier ejecución que la entidad emisora siga contra el deudor hipotecario, para cobrar a prorrata de su participación (art. 15 IV med. LMH; también artículo 31 b] RMH 2009). Puede tratarse de «cualquier procedimiento de ejecución», no necesariamente hipotecaria (art. 31 b] RMH 2009), «judicial o extrajudicial» (arg. disp. ad. 5.ª 2.º ult. L. 3/1994).*

*d) El partícipe, ante la pasividad de la entidad emisora, queda legitimado, se dice que por subrogación, para la incoación o continuación de la ejecución hipotecaria en la cuantía correspondiente a su participación (arts. 15 IV med. LMH y artículo 31 c] y d] RMH 2009). Ciertamente, la legitimación «por subrogación» —modificación del proceso de ejecución por cambio de la parte— es inconsistente con la tesis de la cesión del crédito al partícipe y se explica, precisamente, como un residuo de la configuración sustantiva inicial, hoy superada, de las participaciones hipotecarias.*

*Finalmente, puntualizamos que la disposición adicional 5.ª 2.º párr. último de la Ley 3/1994 (redacc. Real Decreto-Ley 6/2010) no regula la cuestión de la legitimación procesal y que es compatible con una demanda de ejecución por la sociedad gestora del fondo».*

*(...)*

e) *Conclusión. Cabe razonablemente concluir 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 anterior 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).*

*Ello con independencia de que ni siquiera el modo de ejercicio por la ejecutante de la acción hipotecaria y las personales complementarias se ajusta a legislación especial, porque no acredita la previa 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 (por cierto, nulo) «tan amplio y bastante como sea requerido en Derecho a favor de los Cedentes para que estos, actuando a través de cualquiera de sus apoderados con facultades bastantes a tales fines, pueda, en nombre y representación de la Sociedad Gestora como representante legal del Fondo [...] ejercitar la acción judicial» 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 también se ha extralimitado del ámbito de su apoderamiento.*

*(...)*

g) *Consecuencia procesal. El Fondo cesionario no se ha presentado invocando la legitimación derivada, por sucesión extraprocesal y anterior a la demanda de ejecución, pidiendo él mismo la continuación de la ejecución (art. 540 LEC); ni estamos ante un supuesto de sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso pendiente el juicio (art. 17 LEC); ni ante un caso de intervención voluntaria en un proceso válidamente incoado por la entidad emisora (art. 13 LEC).*

*La parte realmente legitimada (el Fondo) podrá presentar, por medio de su sociedad gestora, si a su derecho conviene, nueva demanda de ejecución complementaria con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.*

*La falta de legitimación es insubsanable (vide supra Fundamento I B)) y el defecto de este presupuesto procesal resulta apreciable de oficio (entre muchas, SSTs 1.ª Pleno 241/2013, 9.5, §56; 3/2014, 15.1; 659/2014, 19.2 y 195/2014, 2.4). Como se trata de un defecto procesal insubsanable, al igual que cuando se estima la oposición por esta causa, procede dictar auto dejando sin efecto la ejecución despachada (arg. art. 559.2 II en relación con el 559.1-2.º LEC)».*

En resumen, como dice el propio auto, la cesión de un crédito es una figura que afecta a la titularidad del crédito, luego a la titularidad de la relación u objeto litigioso, lo que determina la facultad de llevar el proceso o legitimación (art. 10 LEC) y no solamente la comparecencia en juicio y representación (art. 7 LEC), negando en el presente caso, legitimación activa a la entidad emisora de las participaciones hipotecarias conforme al artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), quien presentó petición de despacho de ejecución por la cantidad no cubierta en la ejecución hipotecaria antecedente y ello con independencia de que ni siquiera el modo de ejercicio por la ejecutante de la acción hipotecaria y las personales complementarias se ajusta a legislación especial, porque no acredita la previa compulsión del Fondo a la ejecución, ya que la entidad emisora ostenta legitimación extraordinaria para la acción hipotecaria en la cuantía

de la participación, previa compulsión del partícipe. En sentido restrictivo, la legitimación extraordinaria de la entidad emisora no se extiende a la ejecución complementaria del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, añadiendo en su pronunciamiento sobre las costas el referido Auto, respecto a la cuestión de la distribución de la legitimación entre la entidad emisora de participaciones hipotecarias y el partícipe, que falta una legislación o una doctrina previa de los tribunales que permita a los operadores jurídicos conocer con razonable certeza el ámbito de su legitimación.

## V. EPÍLOGO

A los anteriores impedimentos para la legitimación activa del Fondo de Titulización, entre los que destaca la previa compulsión a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria, podría añadirse el del carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad (negocio de emisión de las participaciones hipotecarias), conforme hemos venido exponiendo, pese a la discusión al respecto, lo que sin duda dificulta en gran extremo el proceso de ejecución hipotecaria, en los casos de titulización analizados<sup>8</sup>, aunque este argumento de defensa del deudor hipotecario se ve francamente muy mermado en la práctica ante la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad y por la ausencia de notificación al deudor cedido del negocio de emisión, así como, en función de las graves dificultades para el conocimiento del negocio de la titulización de su hipoteca a través de la emisión de las participaciones hipotecarias y certificados de emisión de hipotecas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO PÉREZ-RUBIO (2009). *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.
- CARRASCO PERERA. *Tratado de los Derechos de Garantía*. 3.<sup>a</sup> Edición totalmente revisada. Tomo I. *Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*, 3.º ed. 2015, Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA GARCÍA. *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Navarra: Ed. Aranzadi, 2010 (31.<sup>a</sup> ed.).
- GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010). Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 702) *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 84/2010 parte Comentario. Editorial Civitas, SA, Pamplona.
- IGLESIAS GARCÍA-VILLAR. 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*, Núm. 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY.
- PARRA LUCÁN (2009). 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* núm. 711, enero-febrero.
- RODRÍGUEZ-ROSADO (2014). Cesión de créditos hipotecarios inexistentes y fe pública. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 90, núm. 745.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) núm. 100/2015 de 24 de febrero de 2015 (*AC* 2015, 546)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>) núm. 48/2014 de 14 de febrero de 2014 (*AC* 2014, 1952)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.<sup>a</sup>) núm. 337/2014 de 18 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 50578)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 95777)

## DERECHO DE CONTRATOS

### RESUMEN

*Acerca de la cuestión de la distribución de la legitimación entre la entidad emisora de participaciones hipotecarias y el partícipe, falta una legislación o una doctrina previa de los tribunales que permita a los operadores jurídicos conocer con razonable certeza el ámbito de su legitimación (auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015).*

### NOTAS

<sup>1</sup> Documento que se puso a disposición del público en las respectivas páginas Web del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

<sup>2</sup> IGLESIAS GARCÍA-VILLAR. 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*, núm. 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY.

<sup>3</sup> GARCÍA GARCÍA. «En cuanto a la inscripción (de la cesión del crédito hipotecario), en principio parece que 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». *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Navarra: Ed. Aranzadi, 2010 (31.<sup>a</sup> ed.), p. 292.

BLANCO PÉREZ-RUBIO. *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid: Fundación Registral, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2009, pp. 77 y 79, «Tras la nueva redacción dada al párrafo primero del artículo 149 LH por la Ley 41/2007 el planteamiento en cuanto a la validez del contrato de cesión de un crédito garantizado con hipoteca entre las partes cambia. El citado artículo, 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 aquella 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. (...) Las consecuencias que se extraen de la anterior consideración son las siguientes: (...) 2.<sup>a</sup> 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 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» y 106-110.

PARRA LUCÁN. «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* núm. 711, enero-febrero de 2009, pp. 321-322, argumenta lo siguiente: «Con la redacción que la Ley 41/2007 otorga al artículo 149 LH, 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 solo 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. De manera minoritaria esta tesis había sido defendida por algunos autores para la redacción anterior del artículo 149 (SANCHO REBULLIDA, LACRUZ, RUBIO GARRIDO, JORDANO FRAGA) mientras que otro sector doctrinal había propuesto, *lege ferenda*, la reforma del precepto en el sentido de atribuir a la inscripción de la cesión un carácter constitutivo (BLANCO PÉREZ-RUBIO). La mayoría de los autores habían entendido, sin embargo, que la inscripción era meramente declarativa y necesaria únicamente a efectos de que la cesión produjera efectos frente a terceros. De esta forma se eliminan algunos problemas que suscitaba la atribución a la inscripción de la cesión de un mero efecto declarativo. En efecto, admitido que la cesión no inscrita transmitía también al cesionario la garantía hipotecaria se aceptó, como ya he explicado, la legitimación del cesionario no inscrito para ejercer el procedimiento judicial sumario hipotecario del artículo 130 LH. La reforma del artículo 149 LH debe llevar ahora a otra conclusión: *el cesionario no se convierte en acreedor hipotecario mientras no se inscriba la cesión y, en consecuencia, no estará legitimado para promover el ejecutivo hipotecario*. Es discutible si el cesionario, que no es acreedor hipotecario, está legitimado para ejercer la acción de devastación del artículo 117 LH (contra ANDERSON; a favor, BLANCO PÉREZ-RUBIO). Pese a todo, y en relación con la redacción del proyecto, no ha faltado quien entiende que la exigencia de constancia de la cesión en escritura pública y su inscripción registral no deben valorarse como requisitos de validez de la cesión, sino solo como condicionantes de su eficacia frente a terceros (CORDERO). Esta opinión, que no me parece resultar del artículo 149 LH, enlaza con la opinión, sostenida ya antes de la reforma legal, de que la cesión del crédito hipotecario, salvo que las partes la excluyan, lleva aparejada la cesión de la hipoteca. Desde este punto de vista, y contra lo que aquí he expuesto como interpretación más probable, se ha defendido que la reforma no introduce de manera separada la cesión de la hipoteca y la cesión del crédito, para lo que se entiende que hubiera hecho falta una regulación adicional».

<sup>4</sup> CARRASCO PERERA. *Tratado de los Derechos de Garantía*. 3.<sup>a</sup> Edición totalmente revisada. Tomo I. *Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*, 3.<sup>o</sup> ed. 2015, Thomson Reuters Aranzadi, cuando razona lo siguiente: «En la redacción dada por la Ley 41/2007, el artículo 149.1 LH dispone que 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 y que 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. De este modo, parece que se ha querido distinguir entre el régimen aplicable a la cesión del crédito —que se regiría por la norma general establecida en el del Código Civil— y el régimen aplicable a la cesión de la hipoteca, que «deberá» hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Si lo que se pretendía con esta reforma 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. De este modo, pocas son las novedades: la única, que la norma ya no exige que se dé conocimiento de la cesión

al deudor, novedad que debe relativizarse, como seguidamente exponemos. Y las exigencias relativas a la constancia documental de la cesión y a su inscripción habrán de valorarse del mismo modo que los similares requisitos contenidos en el artículo 149.I LH en su anterior versión, no como requisito de validez de la cesión, sino solo como condicionantes de su eficacia frente a terceros. En efecto, conforme a la doctrina desarrollada en esta materia, ni la escritura pública, ni la notificación al deudor de la inscripción de la escritura de cesión han sido nunca requisitos de validez de la cesión, ya que la misma se perfecciona desde que tiene lugar el acuerdo transmisivo del crédito hipotecario, incluso en documento privado. La inscripción de la cesión no es, pues, constitutiva, pero sí condiciona la eficacia de la cesión frente a terceros (art. 1526.II del Código Civil). Por otra parte, aunque ahora ya no se exige que la cesión sea notificada al deudor, tampoco ello constituye una novedad en esta materia, ya que incluso cuando el antiguo artículo 149.I LH así lo exigía, era comúnmente admitido que la notificación al deudor (o su conocimiento de la cesión) no era un requisito de eficacia de la cesión respecto al deudor; pues desde su perfección la cesión era inmediatamente eficaz frente al deudor. Por el contrario, la igual que en el artículo 1527 del Código Civil, la finalidad de la notificación era evitar que el deudor pudiera pagar al cedente con efectos liberatorios. Con todo, dado que con la notificación el deudor podrá alegar, en su caso, la extinción total o parcial del crédito cedido, evitando de este modo que el cesionario inscrito sea un tercero protegido por la fe pública registral (art. 34 LH), hay que entender que la renuncia a la notificación (prevista en el art. 242 RH) es dudosamente admisible en condiciones generales de la contratación (cfr. art. 86.7 TRLCU) y, de hecho, ha sido declarada abusiva en contratos con consumidores», pp. 932 y 933.

Vid. sobre el carácter abusivo de dicha renuncia a la notificación de la cesión del crédito hipotecario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 702).

<sup>5</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA. Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 702). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 84/2010 parte Comentario. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2010, expone sobre el particular de la renuncia a la comunicación de la cesión del crédito hipotecario lo siguiente: «Con todo, la cláusula de renuncia a la notificación ha sido considerada abusiva por la doctrina, con varios argumentos. Por ser contraria a las normas de protección de consumidores y por la ilicitud de la «renuncia» ex (actual) artículo 86.7 TR (así, L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario, en *RDP*, 2003, pp. 641 y sigs.); por lindar la cesión del crédito hipotecario con la cesión de contrato y por los riesgos que implica para el deudor, máxime si se otorga al cesionario legitimación para ejercitar derechos como titular de la hipoteca (incluido el procedimiento judicial sumario) sin necesidad de inscripción (J. GIL RODRÍGUEZ, Comentario a la STS 26 de junio de 1989, en *Poder Judicial*, núm. 17, marzo de 1990, p. 154). Y, finalmente, por pretender el cedente ampararse en la fe pública registral frente a la extinción (total o parcial) del crédito, sin haber dado la oportunidad al deudor —oportunamente notificado de la cesión— de evitar la buena fe de aquel, lo que la haría dudosamente admisible en cláusulas predisuestas (cfr. la doctrina citada por E. CORDERO LOBATO, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2.ª ed., t. I, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 936). Razones las anteriores, que, efectivamente, ponen de relieve que la ausencia de notificación se traduce en relevar al predisponente de una carga, cuyo incumplimiento solo puede traducirse en perjuicios para el consumidor, privándole, eventualmente, del ejercicio de facultades, además de exponerle a su ejercicio abusivo, en el sentido visto; evidentemente desequilibrada, en contra de la buena fe».

<sup>6</sup> PARRA LUCÁN (vid. op. cit.), estima sobre la notificación al deudor lo siguiente: «Puesto que, en el nuevo régimen legal, para la transmisión de la garantía hipotecaria es necesaria la inscripción en el Registro de la escritura de cesión, cabe preguntarse si se ha pretendido sustituir la notificación por la inscripción como medio que vincula al deudor. Así lo sugirió CHICO ORTÍZ para el Derecho anterior, por entender que la inscripción supone la publicidad necesaria que implica toda notificación. En la práctica esta interpretación supondría imponer al deudor la carga de tener que consultar el Registro antes de pagar para asegurarse de que no se ha inscrito la cesión del crédito (en la línea de la tesis de Díez-Picazo y Gullón, para quienes el deudor tiene la carga de asegurarse de que quien le reclama el pago es el verdadero acreedor y que al pagarle lo hace válidamente y queda liberado de su obligación;

también ANDERSON). Desde este punto de vista cabría defender que, si no se ha llevado a cabo la inscripción, aunque se haya llevado a cabo la cesión, el pago al cedente libera al deudor. Pero este planteamiento, en mi opinión, puede llevar a consecuencias absurdas. Si se considera decisiva la inscripción y no el conocimiento del deudor, habrá que llegar a la conclusión de que el deudor se libera pagando al cedente, aunque se le haya notificado la cesión, siempre que no se haya producido la inscripción, lo que no es muy razonable. Aunque es discutible el sentido de la reforma, parece deseable seguir considerando, a efectos obligacionales, la relevancia de la notificación (o el conocimiento, si puede probarse, del deudor). A esta razón pueden añadirse otras. En primer lugar, que el artículo 1527 del Código Civil continúa considerando decisiva la notificación al deudor para determinar las consecuencias del pago efectuado por el deudor. Frente al argumento de que el artículo 1527 del Código Civil vería reducido su ámbito de aplicación a los créditos no hipotecarios, se alza el argumento de que la reforma de 2007, que ha dado nueva redacción al artículo 149 LH y suprimido en él toda referencia a la notificación, no ha modificado lo dispuesto en los artículos 150 y 151 de la misma Ley, en los que se hace referencia a la notificación y a las consecuencias de la omisión de la misma. En definitiva, resulta preferible entender que la notificación sigue jugando el papel que resulta de lo dispuesto en el artículo 1527 del Código Civil: el deudor cedido que no tenga conocimiento de la cesión queda liberado si paga al cedente, aunque la cesión se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. La consecuencia, entonces, es la aplicación de lo previsto en el artículo 151 LH».

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO. Cesión de créditos hipotecarios inexistentes y fe pública *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 90, núm. 745, 2014, pp. 2191-2218.

<sup>8</sup> En contra, admitiendo la ejecución hipotecario por el cesionario no inscrito, *vid.*, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pp. 953 y sigs.