

Pablo Izquierdo Blanco
Joan Picó i Junoy
Federico Adán Doménech

Directores

MANUAL DE
ACTUACIONES FRENTE
A LA EJECUCIÓN
HIPOTECARIA
INMINENTE

*Oposición a la ejecución hipotecaria
Textos legales. Comentarios. Formularios.
Jurisprudencia. Bibliografía*

2.^a EDICIÓN



[BOSCH]

er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer



ACCESO ONLINE
A FORMULARIOS:
<http://digital.wke.es>

[BOSCH]

Pablo Izquierdo Blanco
Joan Picó i Junoy
Federico Adán Doménech

Directores

MANUAL DE ACTUACIONES FRENTE A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA INMINENTE

*Oposición a la ejecución hipotecaria.
Textos legales. Comentarios. Formularios.
Jurisprudencia. Bibliografía*

2.^a EDICIÓN

Consulte en la Web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación

Es propiedad,
© 2017, **De los autores**

Para la presente edición:
© 2017, **Wolters Kluwer España, S.A.**
Avenida Carrilet, 3
Edificio D, 9.ª planta
08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: marzo, 2017

ISBN: 978-84-9090-206-6 (papel)
ISBN: 978-84-9090-207-3 (digital)
Depósito legal: M-8552-2017
Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

“Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra”.

crédito, presentes o futuros. La custodia o administración del préstamo se conserva por el prestatario originario, pero el art. 10 LEC puede esgrimirse para reclamar la presencia del fondo, como nuevo titular del préstamo que le han cedido o transmitido a través de cualquiera de las formas que admite el ordenamiento jurídico y que previenen los arts. 15, 16 y 17 de la ley.

5. SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LA EVENTUAL CESIÓN DEL CRÉDITO

Dentro del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil se disciplina el procedimiento de ejecución forzosa dineraria (Título IV), y como especialidad, el de ejecución de bienes hipotecados, al que dedica su capítulo V en los arts. 681 y ss. En el procedimiento lo esencial es la correcta identificación del bien objeto de la garantía real, inscrito en el Registro de la Propiedad en el que también figurará la garantía a realizar con las exigencias que dispone la ley adjetiva en su art. 682.3.

Cuando el art. 685 LEC regula la demanda ejecutiva no establece reglas especiales de legitimación activa. La norma lo que hace es detallar los requisitos del título ejecutivo (art. 685.2), que en los casos de hipotecas sobre inmuebles constituidas a favor de entidad que legalmente pueda emitir cédula hipotecarias o que garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, pueden ser sustituidos por certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685.4 LEC).

Es en el título III, que regula las disposiciones generales de la ejecución, donde se expone quienes son las partes. El art. 538.1 LEC entiende que será parte en el procedimiento de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de ejecución, es decir, el ejecutante, que es como se le denomina en el art. 538.4, 539.1 y otros.

En el caso de que se pretenda ejecutar una garantía real, por el incumplimiento de la obligación principal, será el acreedor el legitimado para presentar la demanda ejecutiva, aportando el título que justifica la titularidad de su derecho. En general, por tanto, la copia de la escritura de préstamo que constituye garantía hipotecaria, y cuando está permitido, la certificación del Registro de la Propiedad.

Si la hipoteca está inscrita a favor del acreedor que se presenta como ejecutante la legitimación parece indiscutible. No obstante, la vigente disciplina de la titulización no obliga a que la cesión, transmisión o adquisición del préstamo tenga acceso al Registro de la Propiedad. Es posible, pero no preceptivo. Si además no hubo notificación al deudor, surgen las primeras dudas porque no es sencillo, pese a las protestas de transparencia de las reformas legales, constatar que se haya presentado esa transmisión.

Por otro lado en la ley adjetiva no hay previsión expresa que mencione los Fondos de Titulización. El art. 544 LEC alude a entidades sin personalidad jurídica, pero refiriéndose al ejecutado, no al ejecutante. Aparece, por tanto, un primer factor de incertidumbre, caso de sospecharse que se ha producido transmisión de la hipoteca al Fondo de Titulización, sin notificación y sin acceso al Registro de la Propiedad.

El art. 35.1 de la Ley 5/2015 establece como obligación de las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización la elaboración de un informe anual que en su apartado b) dispone debe contener "*relación desglosada de los activos cedidos al fondo, de acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores*". Es decir, los créditos o préstamos con garantía hipotecaria concedidos por el banco con el que el deudor se obligó, que deben identificarse suficientemente e incluirse en el citado informe que el art. 34.1.c) de la misma norma obliga a publicar en su página web, junto con los informes trimestrales y las demás menciones que el precepto contiene.

Es posible, por tanto, que el deudor cedido descubra, mediante una búsqueda en internet, que sin haber sido notificado o comunicado, y sin haber tenido acceso al Registro de la Propiedad (pese a las disposiciones al respecto del art. 149.1 LH), su obligación y garantía han sido

transmitidas a un Fondo de Titulización. Es decir, que se pretende el cobro por quien siempre había considerado su acreedor, pese a que ha habido cesión a dicho Fondo del crédito.

Para evitar la correspondiente alegación de falta de legitimación activa en muchos casos las Sociedades Gestoras han decidido, pese al engorro y coste que supone, inscribir la cesión en el Registro de la Propiedad. Hay que precisar que la imposibilidad de inscribir derechos a favor de entidades sin personalidad jurídica que contemplaba el art. 9 LH se suprime por Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, y que el art. 11 del Reglamento Hipotecario, que contenía idéntica prohibición, se declaró nulo de pleno derecho por STS de la Sala 3.ª de 31 enero 2001, rec. 507/1998.

Si el fondo de titulización inscribe la transmisión aparece públicamente como verdadero acreedor, pues el crédito se ha cedido conforme a las exigencias legales, atajando la defensa procesal. A título de ejemplo pueden mencionarse los AAP Barcelona, Secc. 4.ª, 10 abril 2015, rec. 466/2014, AAP Barcelona, Secc. 7.ª, 23 abril 2015, rec. 737/2014, AAP Barcelona, Secc. 4.ª, 26 julio 2015, rec. 369/2014, SAP Madrid, Secc. 20.ª, 11 septiembre 2015, rec. 372/2015 (interdicto), AAP Barcelona, Secc. 4.ª, 23 septiembre 2015, rec. 628/2014, AAP Barcelona, Secc. 13.ª, 13 octubre 2015, rec. 63572014, AAP Barcelona, Secc. 4.ª, 4 noviembre 2015, rec. 301/2015, SAP Valladolid, Secc. 3.ª, 27 octubre 2016, rec. 277/2016, y SAP Madrid, Secc. 19.ª, 9 diciembre 2016, rec.701/2016, en todos los cuales el ejecutante es el Fondo de Titulización cesionario del crédito. También REDONDO TRIGO concluye que el crédito titulado abandona el patrimonio del cedente y se incorpora al del fondo cesionario.

6. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EJECUTAR LA GARANTÍA HIPOTECARIA

Si no se ha inscrito la cesión al fondo de titulización, uno de los debates que se suscitan en la actualidad en los tribunales es si dispone de legitimación activa para pretender la ejecución de la garantía hipotecaria, con el fin de atender los impagos del crédito transmitido, la entidad bancaria que concedió el préstamo con garantía hipotecaria, pese a haberla transmitido a un Fondo de Titulización sin inscribir la cesión en el Registro de la Propiedad.

Una derivada de este problema es la que nace cuando la transmisión al fondo de titulización se ha notificado al deudor, lo que acontece habitualmente con una simple carta postal o un correo electrónico, en que se da a conocer dicha cesión. En la mayoría de los casos tal cesión pasa desapercibida, puesto que el deudor cedido simplemente desconoce a qué pueda estar refiriéndose la comunicación. Tales misivas no suelen contener explicaciones de fácil comprensión y se limitan a indicar que se ha procedido a la cesión, sin que el obligado perciba ningún cambio en la operativa a la que está acostumbrado, que es el cargo mensual de los recibos y la comunicación en los periodos pactados, si el interés fue variable, de las alteraciones de su importe, además de la información fiscal que suele remitirse una vez al año.

Afrontando en primer lugar la cuestión de la legitimación del banco que pretende ejecutar la hipoteca pese a haber transmitido el crédito a un fondo de titulización, el proceso de concentración bancaria produjo una diversidad de resoluciones judiciales que, según los casos, entendían suficiente la cesión en globo de activos a la entidad absorbente, sin necesidad de inscribir el cambio de denominación del acreedor, apoyándose en el art. 89 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que dispone la efectividad de la cesión de activos con la inscripción en el Registro Mercantil de la fusión, absorción o modificación estructural que suponga transmisión de activos. También hubo, sin embargo, órganos judiciales que consideraban precisa la inscripción en el Registro de la Propiedad de la entidad que iba a ejecutar.

En la peor de las tesis para el ejecutante, se puede subsanar el defecto si así se le indica por el juzgado donde se va a tramitar la ejecución. Desde luego tendrá que hacerlo si pretende acogerse al privilegio que contiene el art. 685.4 LEC, pues si no aporta los títulos sino certificación del Registro de la Propiedad, parece ineludible que aparezca inscrita. Si su demanda

se sustenta en la escritura pública que documenta el préstamo con garantía hipotecaria, en la que ésta aparezca inscrita en el Registro de la Propiedad, junto con la escritura de fusión, absorción o cualquier otra modificación estructural que haya propiciado el cambio de la titularidad de todos los activos de quien figura como prestamista en el registro, puede también el juzgado entender que aquélla es suficiente y, como muchos tribunales consideran, denegar el despacho de ejecución hipotecaria mientras no se subsane la falta de inscripción (AAP Valencia, Secc. 9.ª, 4 febrero 2013, rec. 825/2012, AAP Madrid, Secc. 19.ª, 30 enero 2013, rec. 1000/2012, AAP Barcelona, Secc. 1.ª, 22 marzo 2015, rec. 388/2014).

En cambio si ha habido cesión a un fondo de titulización tiene más relevancia. Favorable a tal legitimación del cedente se sitúa LACABA SÁNCHEZ o los AAP Girona, Secc. 1.ª, 15 septiembre 2016, rec. 233/2016, y AAP Madrid, Secc. 12.ª, 1 diciembre 2016, rec. 500/2016. También existen resoluciones judiciales que entienden la titulización como pérdida de legitimación de la entidad cedente. Aunque era acreedora, la cesión al fondo de titulización determina un cambio de legitimación, pues el activo ahora pertenece al fondo en el modo que señala el art. 16.1 de la Ley 5/2015.

Esta ley dispone en su art. 16.2 que los fondos de titulización pueden "*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*". A través de cualquier modo admitido en derecho supone que se produce una verdadera traslación del crédito de cedente a cesionario. Es irrelevante, según la norma, cómo se instrumente ese cambio. Lo esencial es que pasa del patrimonio primitivo, del cedente, al patrimonio del fondo de titulización, cesionario del crédito.

Si la transmisión se produce mediante la cesión de créditos, los arts. 1526 CCv y 347 CCom operan plenamente, y por lo tanto, se produce una cesión jurídica, un negocio típico que tiene las consecuencias que contienen los preceptos que la disciplinan y se somete a los pactos que, en ejercicio de su libertad contractual, contenga la escritura de cesión. Aquélla puede incorporar, seguramente, disposiciones favorables a que el cedente pueda seguir administrando el préstamo, percibiendo las cuotas que luego habrá de transferir al fondo, y atendiendo los requerimientos de los deudores y del propio contrato. Resulta sin embargo improbable que cuestiones esenciales, como la amortización anticipada del préstamo, la negociación de aplazamientos o carencias, o la decisión de ejecutar la garantía puedan entenderse comprendidas en expresiones generales como administración de los contratos cedidos.

Si se percibe la cesión antes de despachar la ejecución, o si el juzgado de oficio requiere al ejecutante para que manifieste si ha cedido su crédito a un fondo de titulización, la constatación de que se ha producido justifica la apreciación de falta de legitimación activa, y permite rechazar la petición mediante auto motivado conforme al art. 552 LEC, resolución susceptible de recurso de apelación.

Cabe también suscitar la cuestión vía oposición, tras dirigir la demanda al deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor (art. 685.1 LEC). El fiador en ese momento no es parte en la ejecución, aunque si ésta finaliza sin cubrir el importe garantizado por la hipoteca, podrá en la ejecución consecutiva ser requerido de pago (AAP Gipuzkoa, Secc. 2.ª, 8 abril 2016, rec. 2003/2016), que precisa de una nueva demanda ejecutiva (AAP Álava, Secc. 1.ª, 20 septiembre 2012, rec. 320/2012).

Sea de oficio, al solicitarse el despacho de ejecución, o suscitada la cuestión mediante oposición de los demandados, no hay unanimidad en los tribunales respecto a la apreciación de falta de legitimación activa del titular inscrito, pese a constar la cesión a fondo de titulización. La admiten el AAP Tarragona, Secc. 1.ª, 17 septiembre 2015, rec. 247/2015, con el argumento de que la única prueba de la transmisión a un fondo de titulización es una nota de prensa. En esta resolución se basa, a su vez, el AAP Barcelona, Secc. 19.ª, de 3 de febrero de 2016, para reconocer legitimación al titular inscrito, pese a que en ese procedimiento constaba la cesión a fondo de titulización, argumentando que el ejecutante mantiene la titularidad del crédito

conforme al art. 26.3 RD 716/2009, que recordemos disponía que el emisor conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, y en su caso, la titularidad parcial del mismo. En semejante sentido, el AAP Madrid, Secc. 18.^a, 28 enero 2015.

No obstante el Banco de España, respondiendo el 26 de marzo de 2015 a una consulta del abogado Oscar Luis Viera, dice *"a efectos meramente informativos"*, que *"la titulización es un proceso financiero por medio del 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 unos bonos de titulización para su colocación entre inversores institucionales. De esa manera, las entidades venden todo o parte de sus riesgos para obtener nueva financiación con la que seguir desarrollando su negocio sin necesidad de acudir a otras vías, como ampliaciones de capital"*.

En esa misma comunicación se añade, en lo que aquí interesa, que *"De conformidad con la Ley 19/1992 (derogada por la Disp. Derogatoria de la Ley 5/2015), sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, la titulación 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"*. Y termina indicando que *"Por otra parte, de la normativa aplicable a la titulización 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 titulización. Además, nada se opone a que la titulización se refiera únicamente a una parte del préstamo hipotecario"*.

Quizá no sea un texto jurídico, pero con esta información del regulador, se facilita apoyo y argumentos a quienes defienden que el mecanismo de la titulización supone una auténtica transmisión del crédito de cedente a cesionario, pues de lo contrario no se afirmarían que quien concedió el préstamo deja de ser acreedor, aunque conserve *ex lege* titularidad registral y administración del crédito cedido.

7. LA PRECEPTIVA INSCRIPCIÓN DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON GARANTÍA REAL EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Ha sido históricamente debatido si el incumplimiento de la obligación de inscripción afecta a la cesión. La STS 23 noviembre 1993, ROJ: STS 17946/1993, dice que *"... la omisión de los requisitos de forma establecidos en el art. 149 de la Ley Hipotecaria no da lugar a la nulidad, como ya declaró una antigua jurisprudencia (Sentencia de 11 de mayo de 1905), reiterada en la Sentencia de 29 de junio de 1989, expresiva de que "el Ordenamiento jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registra), y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo tercero del invocado art. 149, cuando previene que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente"..."*

En tan antigua jurisprudencia se soporta el argumento de que la falta de cumplimiento de los requisitos del art. 149 LH supone su inoponibilidad frente a terceros, pero no entre las partes. Quizá se pueda discutir la afirmación de que cuando el art. 149 LH dice *"El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente"* se confirma que la inscripción no tiene valor constitutivo, porque en realidad la norma comienza diciendo en su primer párrafo que la cesión se hará en escritura pública y se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Y verificado, dice el párrafo tercero que el cesionario se subroga.

De modo que pareciera, más bien, que sin los requisitos formales, no podría haber cesión. También es sorprendente que se considere al deudor cedido, cuyo consentimiento no se ha solicitado por no ser preciso, y que incluso puede desconocer la cesión del crédito, parte en la transmisión del crédito. El prestatario es parte en el contrato de préstamo, y habitualmente, afectado por el gravamen real, que constituye para obtener la financiación precisa para adquirir el propio bien afectado por la hipoteca. Pero no puede ser considerado parte en la cesión del

La reciente crisis económica ha propiciado una nueva forma de entender por los tribunales las relaciones entre el banco y el consumidor hipotecario. Hemos pasado de una acérrima protección del acreedor a la progresiva instauración de mecanismos que tienen como principal finalidad equilibrar o, cuanto menos, templar la desesperante situación del deudor. Sin embargo, este cambio normativo no ha sido voluntario, sino que se debe directamente a la continua tutela judicial que nos ha ofrecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no se ha caracterizado por una interpretación de las normas relativas a la contratación bancaria especialmente protectora de los consumidores y usuarios. Ello no obstante, la realidad social y económica ha acabado por amortiguar esa endeble protección de la parte más indefensa en la contratación bancaria, consecuencia, en parte, de las respuestas que el TJUE ha ido dispensando a las diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros órganos jurisdiccionales.

En la presente obra se analiza la vigente regulación hipotecaria –profundamente afectada por cambios normativos y jurisprudenciales de finales de 2016 y principios de 2017– examinando en profundidad las diferentes cuestiones prácticas conflictivas, y formulando respuestas y soluciones que pueden servir de pauta y orientación a los profesionales del derecho que diariamente se enfrentan a esta caja de sorpresas que constituye la aplicación y resolución de los conflictos jurídicos en materia hipotecaria.



ACCESO ONLINE
A FORMULARIOS:

<http://digital.wke.es>

