

RECIBIDA 15/03/16
NOTIFICADA 16/03/16

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION N° 3 DE PICASSENT

N.I.G.:

Procedimiento: Incidentes - Ejecución Título no Judicial

De: D/ña.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: D/ña. CATALUNYA BANC SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

AUTO 72/16

En Picassent, a quince de marzo de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por la parte ejecutada, a través de su representación procesal, se presentó escrito de oposición a la presente ejecución que fue debidamente impugnado por la parte ejecutante. Sin necesidad de celebración de vista, quedaron los autos en la mesa del proveyente para su resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Acerca de la legitimación activa de la entidad ejecutante para la petición de ejecución universal ex artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Para la resolución de la presente cuestión se va a tomar como punto de partida el auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Fuenlabrada de fecha de 6 de marzo de 2015 que se comparte en su integridad y en el que se aborda una cuestión idéntica a la que se produce en el presente procedimiento.

Así, el citado auto parte de la diferencia entre la legitimación ordinaria y la extraordinaria afirmando que *“para la legitimación ordinaria o normal, el artículo 10 I de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso».*

El artículo 10 II dispone que «se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular». «Lo que da lugar a los supuestos de legitimación extraordinaria, en los que es posible promover un proceso por quien no afirma ser titular de la relación jurídica controvertida» (STS 1ª Pleno 241/2013, 9.5, §59). La legitimación anormal, extraordinaria o especial supone un desplazamiento de la legitimación, del sujeto de la relación jurídica discutida hacia otro sujeto distinto, que lleva el proceso como parte y en nombre propio. Es una facultad otorgada para estar en juicio por otro

(Prozessstandschaft), comúnmente llamada "sustitución procesal" (sostituzione processuale)."

Analiza a continuación la naturaleza jurídica del negocio que se produce cuando una entidad emisora, como es en este caso, la parte ejecutante emite participaciones o Certificados de Transmisión Hipotecaria y los transmite a los Fondos de Titulización de Activos. Y así sienta que *"La naturaleza del negocio instrumentado en las participaciones o certificados de transmisión hipotecarios resulta decisiva para localizar la titularidad del crédito contra el deudor principal, así como la titularidad del crédito fideusorio, lo que a su vez determina la legitimación procesal ordinaria para incoar o continuar la ejecución contra los deudores hipotecarios u ordinarios.*

(a) El análisis tradicional apreciaría la relación entre la entidad emisora de una participación hipotecaria y el titular de la participación como una adquisición constitutiva (v.g. de un derecho de usufructo de valores o de un derecho sui generis del partícipe). Bajo este entendimiento, la distribución de la legitimación estaría en función de la normativa aplicable o de lo pactado.

Apoyan la postura de la adquisición constitutiva (1º) que la LMH solo denomina "acreedor hipotecario" a la entidad emisora, aunque quizá quiera referirse a acreedor hipotecario "originario". (2º) También se destaca que la Ley parece no contemplar la cesión del crédito mismo sino un derecho de contenido inferior, cuando prescribe que «el plazo de la participación no podrá ser superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario ni el interés superior al establecido para éste» (art. 15 III LMH), si bien la inferioridad del derecho constituido sería solo cuantitativa. (3º) El desarrollo reglamentario inicial amparaba la tesis de la adquisición constitutiva. Efectivamente, el artículo 61.3 II init. del RMH 1982 original disponía que «el emisor conservará la titularidad del crédito participado». Lógicamente, «la Entidad emisora es [era] la única legitimada para ejecutar el crédito hipotecario participado» (art. 65.1 RMH 1982 en redacc. original).

(b) En países con mercados financieros punteros, la entidad emisora de la participación hipotecaria es un titular fiduciario que coexiste con la titularidad material del partícipe. Se trata del modelo del fideicomiso (trust) anglosajón según la doctrina de la propiedad desdoblada entre la formal o legal del fiduciario (dominium non proprie) y la material o real del partícipe beneficiario, donde el partícipe es un propietario útil (en equidad) de los créditos hipotecarios. Si la relación entre emisor y partícipe fuera fiduciaria, el emisor ostentaría la legitimación procesal frente al deudor (si bien su actuación se sujeta al pacto interno del que nace la fiducia convencional), el partícipe también podría hacer valer en juicio su interés en determinadas circunstancias y el reparto del producto de la acción sería una cuestión interna entre emisor y partícipe.

Sin embargo, la emisión de las participaciones o certificados de transmisión hipotecarios, aquí no se ha sometido a ningún Derecho de los que tradicional y habitualmente admiten las propiedades fiduciarias. La posibilidad de una titularidad fiduciaria no goza de reconocimiento general en Derecho español. No obstante, la mejor doctrina inglesa ve posible una aproximación a esquemas civilísticos, valorada la fiducia como la facultad real

del beneficiario de alterar el status de las atribuciones patrimoniales recibidas por el fiduciario. En nuestra doctrina especializada, también se intentan construcciones que, reconociendo o no la cesión del crédito al partícipe, califican a la entidad emisora de mandatario legal, especial y oneroso.

Justamente, una fase intermedia de nuestra reglamentación de las participaciones hipotecarias podría adscribirse a la teoría de la titularidad fiduciaria: «El emisor conservará la custodia y administración del crédito hipotecario, así como la titularidad parcial del mismo» (art. 65.3 II init. RMH 1982 redacc. RD 1289/1991). Su trasunto en materia de legitimación dispone: «La ejecución del crédito hipotecario participado corresponde a la Entidad emisora y al titular de la participación» (art. 65.1 RMH 1982 redacc. RD 1289/1991).

(c) En la tercera tesis general, la figura de la participación supone, sencillamente, una transmisión o cesión del crédito, total o parcial. En esta línea, el titular de la participación indisputablemente tendría acción contra el deudor hipotecario y también contra el fiador porque «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio» (art. 1528 CC). «El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente» (art. 149 III LH). Ahora bien, si la cesión fuera total y no solo parcial, entonces el transmitente o cedente perdería su legitimación, quedando como único legitimado ordinario el partícipe adquirente o cesionario.

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

(1ª) Precisamente por la cesión operada, lo único que conserva el titular de la participación es «la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo» (art. 26.3 II init. RMH 2009; para el CTH, disp. ad. 1ª.7 RMH 2009). Obsérvese el inciso «en su caso», luego no siempre (como en la titularidad fiduciaria), refiriéndose el caso a la cesión parcial.

(2ª) El artículo 15 párr. VI LMH menciona expresamente la cesión: «La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo». En efecto, la salida patrimonial o venta incondicional es requisito indispensable para la desvinculación del riesgo de crédito de los préstamos hipotecarios, permitiendo obtener liquidez a la entidad emisora, aligerando su balance y reduciendo sus requerimientos de recursos propios. Para anotar una baja de activos financieros en el balance del cedente debe verificarse la transferencia efectiva de los derechos contractuales asociados a los activos de la entidad emisora. De forma específica para las entidades financieras, así lo dispone la Circular 4/2004 del Banco de España, norma 23ª: «Baja del balance de los activos financieros».

(3ª) Abona la tesis de que el crédito hipotecario sale del patrimonio de la entidad emisora que «en caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación sólo 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).

(4ª) Finalmente, esta es la actual interpretación reglamentaria, lo que nos parece decisivo. La disposición adicional Segunda de la LMH efectúa una llamada reglamentaria para que el Gobierno dicte «normas complementarias para el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario». En ellas se nos dice: «Queda definitivamente claro que mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa. La entidad de crédito que emite las participaciones hipotecarias traslada la totalidad del riesgo de la parte del crédito que se cede. Se aclara, además, que cada uno de los títulos de participación hipotecaria representa una participación en un crédito particular, no en un grupo de créditos» (Preámbulo del RMH 2009, apartado III, párr. IV).

Respecto a los certificados de transmisión de hipoteca, se configuran «como una cesión de crédito al igual que las participaciones hipotecarias» (Preámbulo del RMH, apartado V, párr. I med.).”

Por ello, concluye que “si la cesión es total (práctica casi general en las operaciones de titulización), comporta que la legitimación ordinaria para las acciones que derivan del crédito hipotecario corresponde al partícipe (en este caso, al Fondo) y que la entidad emisora es una cedente sin legitimación, a menos que la ley le otorgue una legitimación extraordinaria.”

Analiza, de seguido, el ámbito procesal de la legitimación extraordinaria concedida por la ley a las entidades emisoras de este tipo de títulos y concluye que “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](#)) 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 art. 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. 5ª.2 últ. 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 IVmed. LMH y art. 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.»

Por ello, aplicando la doctrina señalada al supuesto de pretender el inicio de una ejecución universal ex artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como es el caso del presente auto, concluye: *“El artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con su referencia al «ejecutante», no es una norma atributiva de legitimación activa.*

Antes bien, la ejecución complementaria remedia la circunstancia legal de que el proceso de ejecución sumario regulado en el viejo artículo 131 de la Ley Hipotecaria tenía carácter especial o singular, ya que se agotaba en la realización del bien o los bienes gravados con la hipoteca y, al carecer de la naturaleza de proceso de ejecución universal, no permitía la ejecución posterior de cualesquiera otros bienes del deudor que no fueran los hipotecados (SAP Las Palmas 4ª 203/2010, 19.4 ; AAP Madrid 21ª 78/2012, 27.3).

Además, tras la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, queda claro que para la incoación de una ejecución ordinaria general se basta la simple petición del acreedor, aun sin una nueva demanda de ejecución y, en lo que más nos interesa, la continuación del procedimiento requiere un nuevo despacho de ejecución -acto jurisdiccional de incoación del proceso de ejecución si concurren los presupuestos y requisitos-.

El Preámbulo de la Ley explica que se trató de aclarar «aspectos relativos a la relación entre la ejecución especial hipotecaria y la ordinaria, precisando la forma en que la ejecución especial, dirigida contra determinados bienes, pasa a convertirse en general, dirigida contra todo el patrimonio de los responsables». Se trata de un fenómeno de conversión del proceso de ejecución hipotecaria en una ejecución ordinaria (AAP Zaragoza 4ª 565/2010, 16.12) o de transformación procedimental (AAP Madrid 18ª 168/2007, 23.7), esencialmente por razones de economía procesal (SAP Las Palmas 4ª 203/2010, 19.4). Tomando los términos de la doctrina clásica (CARNELUTTI, Sistema, IV, § 735-6, 743), se trata de una conversión compleja, primeramente del litigio, por cambio de la pretensión o "modificación causal" de la acción hipotecaria a la acción personal de responsabilidad patrimonial universal; a lo que se añade una modificación del proceso durante el procedimiento de ejecución, variando de una ejecución hipotecaria singular a una ejecución ordinaria general.

Pues bien, el nuevo despacho de tal ejecución general conlleva un nuevo examen de los presupuestos procesales en el momento del despacho, así como la posibilidad de que el ejecutado se oponga al despacho, también por defectos procesales como una falta de legitimación activa. En trance del segundo despacho, el tribunal no puede obviar que el cedente de un crédito solo puede instar la ejecución, en su caso, por alguna legitimación extraordinaria. Empero, una vez agotada la acción hipotecaria (ex art. 104 LH, v. AAP Madrid 14ª 12/2012, 27.1), ninguna norma confiere legitimación extraordinaria para la incoación de una ejecución general con fundamento en un derecho ya cedido totalmente.

Por otra parte, la mayoría de los cánones hermenéuticos no justifican que la sola mención al "ejecutante" del artículo 579 de la Ley riuaria sirva para perpetuar la legitimación extraordinaria de la entidad emisora:

(1º) Históricamente, ha podido tener alguna justificación el concepto de "parte oficial" como hipótesis de legitimación indirecta aplicable principalmente a «los que intervienen como sujetos de un proceso en que figuran masas patrimoniales cuya pertenencia a un titular personal es dudosa» (GUASP, Comentarios , 123) o ha sido conveniente acudir para este propósito a la figura de la sustitución procesal (DE LA PLAZA, Derecho procesal civil español , 13, 280; antes, da cuenta de diversas aproximaciones teóricas, CHIOVENDA, Principios , § 35 I). Mas esta justificación no es aceptable desde que la representación legal de los fondos de titulización corresponde a su sociedad gestora y los fondos pueden ser titulares y aprovechar el producto de «de cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito» (art. 27 Real Decreto-ley 6/2010).

(2º) Lógicamente, la premisa implícita en la continuación de la ejecución por el "ejecutante" es que el ejecutante es el acreedor y que el acreedor hipotecario ejecutante es la persona ordinariamente legitimada por la titularidad del crédito parcialmente insatisfecho y por ello puede pedir la incoación de una ejecución general «contra quienes proceda» (incluyendo a los fiadores, claramente desde la Ley 1/2013, v. AA. AP Castellón 3ª 99/2012, 5.6 y Madrid 21ª 94/2013, 12.3). El Legislador piensa en el ejecutante- acreedor, como lo hace la jurisprudencia (v. STS 1ª Pleno 768/2014, 13.1.2015 , § 7, últ.).

(3º) Sistemáticamente, la norma procesal especial desplaza a la general, luego la norma general no debe invocarse para alterar la regulación específica de la legitimación procesal especial, ampliando la legitimación extraordinaria de la entidad emisora, máxime cuando el Legislador ha reformado en varias ocasiones posteriores la legislación especial sin extender la legitimación extraordinaria más allá de la acción real hipotecaria.

(4º) Teleológicamente, adviértase que el principio de la perpetuatio legitimationis es un remedio de conveniencia política contra la alteración, durante el procedimiento, de los hechos de los cuales deriva la legitimación de las partes (CARNELUTTI, cit., § 742 y PRIETO-CASTRO, Tratado , 12, 317). Sin embargo, cuando la cesión del crédito es previa a la demanda de ejecución ordinaria, no hay alteraciones sobrevenidas y los interesados ya conocen las consecuencias de que la acción la interponga el emisor o el participe. Es más, el ejecutado tiene un interés digno de protección en que a su ejecución comparezca el fondo adjudicatario de la vivienda, al menos porque solo con el Fondo (quien puede disponer del crédito) podrá alcanzar una eventual transacción y porque al Fondo le será oponible, en su caso, la excepción de reducción de deuda por plusvalía (art. 579.2 b) LEC). Con razón, la coejecutada se opone al despacho alegando que la plusvalía no coincidirá con la diferencia entre el precio de remate y el de una posible venta por el Fondo, porque el Fondo, en realidad, habrá adquirido el crédito por un precio probablemente inferior, precio de compra del crédito y de reventa de la vivienda que la parte ejecutada tiene derecho a conocer.

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 éstos, 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.”

Y, se comparte en su integridad la resolución expuesta. En efecto el artículo 15 de la Ley del Mercado Hipotecario 2/1981 de 25 de marzo dispone que, en caso de incumplimiento de pago por el prestatario hipotecante, “*el titular de la participación concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la Entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior. El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución.*

Si el acreedor hipotecario no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación.”.

De la redacción de este precepto, en consonancia con lo señalado por el auto mencionado, se infieren una primera consecuencia jurídica y es que, en el ámbito de la Ley del Mercado Hipotecario, únicamente, se regula la legitimación en el supuesto de cesión parcial del crédito. En este caso, es evidente que, al ser parcial, tanto la entidad emisora como el fondo de titulización deben ostentar legitimación para el ejercicio de las acciones judiciales que les correspondan en proporción a su correspondiente porcentaje en el crédito. Así, expresamente dice que el titular de la participación concurrirá con el acreedor hipotecario en el procedimiento de ejecución “*cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación*”, esto es, si la cesión del crédito a través de la participación hipotecaria o la emisión del Certificado de Transmisión Hipotecaria ha sido parcial. Y, luego, insiste que si el banco no instare la ejecución judicial dentro de los 60 días desde que fuere compelido a ello, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución “*por la cuantía de su*

respectiva participación”. Ello supone, de nuevo, que la ley se está refiriendo al supuesto de que la cesión sea parcial.

En este supuesto, esto es, en el caso de cesión parcial del crédito al partícipe, la Ley del Mercado Hipotecario permite a los titulares del Fondo de Titulización que puedan compeler a la entidad emisora a que presente la demanda de ejecución y, así de esta manera, beneficiarse de la actuación que lleve a cabo ésta en el procedimiento judicial indicado pues tanto la entidad emisora como los partícipes son titulares del crédito y cobrarán a prorrata de sus distintos porcentajes.

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 dispone que, *“si el incumplimiento fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, el titular o titulares de las participaciones tendrán las siguientes facultades:*

a) Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria.

b) Concurrir en igualdad de derechos con el emisor, en la ejecución que éste siga contra el deudor, personándose a tal efecto en cualquier procedimiento de ejecución instado por aquél, y participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo o crédito y el acordado en la participación, cuando éste fuera inferior.

c) Si aquélla no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación, tanto por principal como por intereses.

En este supuesto quedarán subsistentes la parte del préstamo o crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas preferentes, entendiéndose que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas, sin destinarse a su pago y extinción el precio del remate.

d) En caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, el partícipe podrá subrogarse en la posición de aquélla y continuar el procedimiento.”

Por tanto, la primera consecuencia jurídica de esta normativa es que se desarrolla la Ley del Mercado Hipotecario y se puntualiza la regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones judiciales en los casos en que el crédito se haya transmitido a través de participaciones o Certificados de Transmisión Hipotecaria (Disposición Adicional Primera). Y ello, lo hace sobre la base de que la nueva regulación aclara, como se ha dicho, cuál es la naturaleza jurídica del negocio habido entre la entidad emisora y el Fondo de Titulización, esto es, una clara cesión del crédito que puede ser total como ocurre en el supuesto del presente procedimiento.

Así, en su Preámbulo contiene declaraciones destinadas a despejar las dudas que la anterior regulación reglamentaria, especialmente en la versión de 1982, hizo surgir en relación con la naturaleza jurídica de las participaciones hipotecarias, ya que se apartó el criterio legal

que las concebía como un instrumento de cesión parcial del crédito hipotecario. Ahora, para no dejar zona de penumbra, se afirma lo siguiente: *“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.”*

No es objeto de este auto, como se pretende por la parte ejecutada, determinar si la parte ejecutante como entidad emisora ostentaba o no legitimación activa para el planteamiento de un procedimiento de ejecución hipotecaria al haber existido una cesión total del crédito y, con ello, de la titularidad de la relación jurídica controvertida lo que podría hacer, si así lo considera conveniente, a través del procedimiento declarativo oportuno. Tampoco lo es si esa atribución de legitimación de los preceptos señalados pudiera ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva de la parte ejecutada conforme a lo previsto en el artículo 24 de la Constitución Española en la medida en que se podría estar imposibilitando al ejecutado el ejercicio de instrumentos procesales o de negociación con el verdadero titular del crédito que se ejecuta.

Lo que constituye el objeto del presente auto es si la parte ejecutante tiene o no la legitimación activa para petitionar el despacho de la ejecución universal al no haberse obtenido remate suficiente en el procedimiento de ejecución hipotecaria a fin de hacer frente al importe total de lo debido.

Sentado, pues, lo que constituye el objeto del presente pronunciamiento, procede analizar el referido artículo 31 a los efectos de determinar si la parte ejecutante tiene o no la legitimación para pedir la ejecución universal.

Y la respuesta debe ser negativa. En efecto, en las letras a), c) y d), se refiere a un procedimiento concreto y determinado cual es el procedimiento de ejecución hipotecaria. Y, en la letra b), en la que se menciona únicamente *“cualquier procedimiento de ejecución”* instado por la entidad emisora, lo circunscribe al caso de que la cesión sea parcial pues, de seguido, indica el derecho del Fondo a *“participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado”*. Y ello es lógico en la medida en que, en este caso, al mantener la entidad emisora parte del crédito por no haber sido la cesión total, goza de legitimación para cualquier tipo de procedimiento de ejecución.

La segunda consecuencia jurídica que se vislumbra de esta nueva regulación del 2009 es que, como se ha dicho up supra, únicamente se hace referencia al proceso de ejecución hipotecaria pues no se menciona la posibilidad de poder acudir al juicio declarativo correspondiente o a otros procesos de ejecución. Ello refuerza la tesis de que, en casos de cesión total, la legitimación procesal de la entidad emisora es de carácter extraordinario pues, caso contrario, se regularía, además de la legitimación para el proceso de ejecución hipotecaria, la propia del proceso declarativo o de otros procesos de ejecución. O lo que es lo mismo, si se entendiera por el legislador que la legitimación ordinaria es de la entidad emisora, le habría bastado con mencionar que ésta tiene la posibilidad de ejercitar las acciones judiciales correspondientes. Sin embargo, no este esto lo que ocurre ya que menciona los supuestos procesales únicos en que el Banco puede interponer acción y lo limita al proceso de ejecución hipotecaria.

Por último, la interpretación de la normativa reguladora de la legitimación de las entidades emisoras de participaciones hipotecarias y de Certificados de Transmisión Hipotecaria debe hacerse sobre el criterio de la nueva normativa que ha ido surgiendo desde el momento en que se reguló el Mercado Hipotecario. Y, en este sentido, no se puede olvidar que la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial regula ex novo los fondos de titulización y, al hacerlo, en su artículo 26, establece, como obligación de las sociedades gestoras de los mismos, la de administrar y gestionar los activos agrupados en los fondos. De ahí que se entienda que la nueva regulación en la materia corrobora la conceptualización del negocio como una cesión de crédito y, por ello, que la legitimación que ex lege se atribuye a la entidad emisora, únicamente, pueda ser considerada como extraordinaria pues la posibilidad de administrar y gestionar los activos supone, también, la posibilidad de ejercitar acciones judiciales en defensa del fondo y, entre ellas, los procedimientos de ejecución universal. Entenderlo de otra manera, podría suponer un límite al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española de los partícipes o titulares de los Certificados de Transmisión Hipotecaria.

Por todo ello, procede declarar la falta de legitimación activa de la parte ejecutante ex artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, archivar el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Costas.- Cada parte deberá abonar sus propias costas y las comunes por mitad, dado que nos encontramos ante una cuestión dudosa de derecho, por un lado, por cuanto no existen muchas resoluciones sobre la materia y los únicos supuestos que se ha tratado lo ha sido de manera tangencial (Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de septiembre de 2015) y, por otro lado, sin duda, la propia normativa en la materia resulta de difícil encaje sobre la base, como se ha dicho, de la naturaleza jurídica del negocio que se celebra cuando se emiten participaciones o Certificados de Transmisión Hipotecaria.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente observancia

DISPONGO.- Acuerdo sobreseimiento del presente procedimiento de ejecución instado por la entidad Catalunya Banc, S.A. por falta de legitimación activa, sin que proceda la imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 455 LECn).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

De conformidad con la disposición adicional 15ª de LOPJ, para que se admitida a trámite el recurso de reposición contra esta resolución, deberá constituir un depósito de 50 euros que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El deposito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el Banco BANESTO, en la cuenta correspondiente a este expediente (4743-0000-CC-EEEE-AA), indicando, en el campo " concepto ", el código " 00-Civil-Reposición ", y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD-MM-AAAA.

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC,20 digitos), se indicará en el campo "concepto", el número de cuenta, el código y la fecha de la forma expuesta en el campo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedece a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depositos los que tengan reconocido a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónomas, Entidad Locales, y Organismos Autonomos dependientes de los anteriores.

Así lo acuerdo, mando y firmo, D. Jorge de la Rúa Navarro, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° Tres de los de Picassent y su Partido. Doy fe.