



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 2 DE VILLAJYOYOSA

N.I.G.:03139-41-2-2014-0001440

Procedimiento: EJECUCION HIPOTECARIA - 00 [REDACTED]

De: D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

A U T O N° 339/16

Juez/Magistrado-Juez

Sr./a: [REDACTED]

En VILLAJYOYOSA (ALICANTE), a once de julio de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- En fecha 22 de febrero de 2016 la representación procesal de doña [REDACTED] ha puesto de manifiesto la falta de legitimación activa de la parte actora. Admitido a trámite el escrito, se ha oído a la parte ejecutante, que en el plazo concedido presentó escrito oponiéndose a lo interesado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea la falta de legitimación activa de la parte ejecutante para instar la ejecución hipotecaria por haber constituido un fondo de titulación y cesión de derecho de crédito a favor de una tercera entidad.

La demanda ejecutiva ha sido promovida por Banco Popular Español, alegando ser la titular del derecho real de hipoteca que grava la vivienda habitual de doña Ana López Rubio, y fundando su acción en primera copia de escritura pública de constitución de préstamo hipotecario a su favor, y nota expedida por el Registro de la Propiedad de Callosa d'En Sarrià, en que consta la carga hipotecaria a favor de Banco Pastor.

Se ha aportado por la parte ejecutada **comunicación de Banco Popular en que se manifiesta por dicha entidad que el préstamo hipotecario ha sido titulizado a favor de IM PASTOR 4 FONDO DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS, en virtud de escritura pública de emisión, suscripción y desembolso de fecha 05 de junio de 2006.**

Del contenido de la escritura pública de constitución de hipoteca que sirve de título ejecutivo se desprende que la finalidad del préstamo era la adquisición de la vivienda que se hipotecaba, toda vez que ésta fue adquirida el mismo día del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y que el capital del préstamo alcanza el 62% del valor de tasación (162.000 €), de manera que estamos ante una hipoteca que cumple los requisitos de la Sección II de la Ley de Mercado Hipotecario (arts. 2, 4 y 5), y que Banco Popular cedió este préstamo hipotecario al Fondo mediante participaciones hipotecarias.

SEGUNDO.- La primera regulación de los fondos de titulación de activos la hizo la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulación Hipotecaria. Posteriormente, el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación (vigente hasta el 29 de abril de 2015), y derogado por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la financiación empresarial, definía en su art. 1 los Fondos de titulación de activos como *patrimonios separados carentes de personalidad jurídica, integrados, en cuanto a su activo, por los activos financieros y otros derechos que agrupen y, en cuanto a su pasivo, por los valores de renta fija que emitan y por préstamos concedidos por entidades de crédito.* Estos fondos de titulación tienen como única actividad adquirir los préstamos hipotecarios y otros activos y, simultáneamente, emitir valores negociables de renta fija denominados "bonos de titulación hipotecaria".

Los requisitos objetivos que la ley exigía para la cesión de créditos a un fondo de titulización de activos eran: 1) Que la cesión de los activos sea plena e incondicionada y por la totalidad del plazo remanente hasta el vencimiento, y 2) Que el cedente no conceda ninguna garantía al cesionario ni asegure el buen fin de la operación. En cualquier caso, el cedente conservará la administración y gestión del crédito cedido, salvo pacto en contrario (art. 2.2º.b). El art. 12 de la citada norma se dedicaba a las sociedades gestoras de los fondos encomendándoles como objeto exclusivo la constitución, administración y representación legal tanto de los fondos de titulización de activos como de los fondos de titulización hipotecaria. En su calidad de gestoras de negocios ajenos, les correspondía la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos con cargo a los Fondos que administran y de los restantes acreedores ordinarios de los mismos.

Actualmente, la regulación aplicable es la introducida por la mencionada Ley 5/2015, que determina el objeto de las sociedades gestoras en su art. 25. El art. 16.2 de dicha Ley 5/2015 dispone que los fondos de titulización podrán adquirir la titularidad de los activos por cualquier modo, bien sea a través de su cesión, su adquisición, su suscripción en mercados primarios o a través de cualquier otro modo admitido en Derecho.

En la página web del Banco de España (http://www.bde.es/bde/es/areas/estadis/Listas_de_instit/Fondos_de_tituli/Fondos_de_titulizacion.html) se dice que se entiende por titulización una operación o sistema en virtud del cual:

- un activo o conjunto de activos se transfiere a una entidad que está separada del originador y que se ha creado o sirva para la titulización, o

- el riesgo de crédito de un activo o conjunto de activos o parte de los mismos, que se transfiere a los inversores en valores, participaciones en fondos de titulización, otros instrumentos de deuda o derivados financieros emitidos por una entidad que está separada del originador y que se ha creado o sirve para la titulización.

El art. 15 de la Ley de Mercado Hipotecario (Ley 2/1981) dispone que las entidades a que se refiere el artículo segundo podrán hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera, mediante la emisión de títulos valores denominados participaciones hipotecarias. El titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la

Entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona. En este caso, 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. Las notificaciones pertinentes se harán fehacientemente.

El art. 30 del Reglamento que desarrolla la Ley de Mercado Hipotecario (RMH) dice que:

1. La ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora para la efectividad de los vencimientos de la misma por principal e intereses, según el porcentaje de participación y lo establecido en la emisión, siempre que el incumplimiento de tal obligación no sea consecuencia de la falta de pago del deudor del préstamo o crédito hipotecario participado.

A tenor del art. 31 del RMH, son facultades del titular de la participación hipotecaria, y para el caso de que el incumplimiento de la entidad emisora fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, las siguientes:

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 de pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado, 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 su pago y extinción al 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.

En los casos de las letras c) y d), el titular de la participación

podrá instar del juez competente la incoación o continuación del correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria, acompañando a su demanda el título original de la participación, el requerimiento notarial previsto en el apartado c) precedente y la certificación registral de inscripción y subsistencia de la hipoteca. Al expedirse esta certificación se hará constar en el Registro, mediante nota marginal, que se ha expedido la certificación registral, y se indicará su fecha y la identidad del solicitante. Estas circunstancias se harán constar en la certificación expedida.

TERCERO. - De todo lo expuesto se concluye que la ejecutante carece de legitimación activa para instar la ejecución hipotecaria, con base en los siguientes argumentos:

- El procedimiento de ejecución hipotecaria está encaminado a obtener la satisfacción de la deuda garantizada con la hipoteca (art. 681 LEC), de manera que el derecho real no es independiente, sino accesorio o vinculado al crédito que garantiza, exigiendo el art. 685.2º LEC que se aporte con la demanda ejecutiva el título del crédito. En este caso, el título es la escritura de constitución de hipoteca a favor de Banco Pastor.

- En escritura pública de 05 de junio de 2006 Banco Popular titulizó el préstamo hipotecario a favor de IM PASTOR 4 FONDO DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS, tratándose de una **cesión total** del derecho de crédito referente a su emisión, suscripción y desembolso.

- Banco Popular ha instado la ejecución hipotecaria actuando exclusivamente en su propio nombre, sin indicar en su demanda ejecutiva que había tenido lugar una titulización y cesión de derechos de crédito a favor de un Fondo de titulización de activos cuya gestión tiene encomendada en cuanto Sociedad Gestora, y sin aportar la escritura de constitución del fondo de titulización de activos y cesión de derechos de crédito en su integridad, en la que necesariamente se tuvo que haber regulado el régimen para la administración y gestión del cobro, que era un contenido obligatorio exigido por el art. 6 del Real Decreto 929/1998, en vigor en la fecha de su constitución.

- La práctica casi general de las operaciones de titulización es la de cesión total de derechos de crédito. Si se considera que estamos ante una cesión del préstamo garantizado con hipoteca, la legitimación ordinaria para las acciones que derivan del crédito hipotecario corresponde al partícipe (en este caso, al Fondo), siendo la entidad emisora una cedente sin legitimación, a menos que la ley le otorgue una legitimación extraordinaria.

- La entidad emisora no ha cedido a tercero una parte (o participación) de sus derechos hipotecarios, sino que en este caso ha agrupado varios préstamos hipotecarios y los ha cedido en su totalidad a un Fondo de titulación de activos. En este caso concreto no se ha transferido al Fondo una "participación" en el préstamo, por lo que no se entiende aplicable lo dispuesto en el art. 15 de la Ley de Mercado Hipotecario, porque Banco Popular no cedió una porción de sus derechos de crédito, sino la totalidad, y sólo si el cedente se reservara una parte del crédito cedido tendría sentido que dicho precepto disponga que el titular de la participación pueda concurrir, 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. Si se cede todo el crédito no hay participación

respectiva entre cedente y partícipe que justifique que ambos concurren en la ejecución para cobrar en función de su parte.

- Al haberse producido una cesión a tercero del préstamo hipotecario en su día suscrito por los ejecutados con Banco Popular, la ahora ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo y, con ello, también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria. El art. 149 de la Ley Hipotecaria dice 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. 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. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más de lo que estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente. Y el artículo 1528 del Código Civil dice que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.*

- Ésta parece que es la tesis que mantiene el Banco de España. Así, en comunicación realizada por la Secretaria General del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España (Expediente C-201501247), disponible en www.sicom.cat/blog/.../Informe-Banco-de-Espana-12120171-BdE-1.pdf, y mencionada en el escrito de la parte ejecutada, en respuesta a la consulta de un abogado, dijo 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 esta 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. De conformidad con la Ley 19/1992, sobre Régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, la titulización de un préstamo supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración. 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.*

Por todo lo expuesto, se debe apreciar falta de legitimación activa, por no ostentar Banco Popular la condición de parte legítima conforme a lo dispuesto en el art. 10 LEC.

Si bien es cierto que la falta de legitimación activa ha sido planteada por la parte ejecutada después de haber formulado oposición, sin embargo estamos ante un defecto procesal insubsanable y apreciable de oficio en cualquier momento, como dispone el art. 9 LEC.

En todo caso, el despacho de ejecución a favor de quien no ostenta la condición de parte legítima debe considerarse nulo por no haberse seguido las normas esenciales del procedimiento al faltar uno de los requisitos fundamentales de la acción ejercitada, como es que la entidad demandante no era titular del crédito que pretendió ejecutar (causa de nulidad del art. 225.3º). El art. 227.2 LEC permite al tribunal de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiera recaído resolución que ponga fin al proceso y siempre que

no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En su consecuencia, se debe decretar la nulidad de todas las actuaciones, dejando sin efecto la ejecución despachada por Banco Popular frente a doña [REDACTED]

No se hace condena en costas, atendiendo a las serias dudas suscitadas.

PARTE DISPOSITIVA

Dispongo decretar la nulidad de todas las actuaciones, dejando sin efecto la ejecución despachada mediante auto de 21 de abril de 2015, a instancia de Banco Popular frente a doña [REDACTED]

Notifíquese el presente auto a las partes, señalando que contra el mismo, que no es firme, cabe recurso de apelación, que deberá interponerse, en su caso, ante este mismo Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación (arts. 455 y 458.1 LEC).

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a los resuelto (art. 456.2 LEC).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª de la LO 1/2009, de 03 de Noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial de 01 de Julio de 1985, para que sea admitido a trámite dicho recurso de apelación deberá constituirse un depósito de 50 €, que será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado. Dicha cantidad deberá ser ingresada en la cuenta de la entidad BANESTO que corresponde a este expediente, indicando en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida, con el formato DD/MM/AAAA.

Así lo dispone, manda y firma, Alfonso Allué Fuentes, Juez Sustituto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción No. 2 de Villajoyosa. Doy fe.