

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO DOS DE
TERRASSA.**

**Procedimiento: Ejecución Hipotecaria /13.
Incidente Extraordinario**

AUTO 72/2014

En Rubí, a 13 de Mayo de 2.014.

MARIA NIETO VILLALPANDO
Procuradora dels Tribunals
Tel. / Fax:
E-Mail: _____
Ldo: CRISTINA BECARES MENDIOLA
Su ref.: Mi ref.:
Notificat: 21/05/14
**AUTO ARCHIVO INADECUACION
PROCEDIMIENTO**

SSª don Javier Francisco Alba Figuro, Juez del Juzgado de Primera Instancia Número dos de Rubí, ha visto los presentes autos relativos a la ejecución hipotecaria /13.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El 07 de enero de 2013 se presentó por el procurador doña María Montserrat Martínez Cerezo, en nombre y representación de Unnim Banc S.A.U., demanda de ejecución hipotecaria contra A y L.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de febrero de 2013 se dictó auto admitiendo a trámite la demanda y requiriendo de pago a los ejecutados.

TERCERO.- Con fecha 15 de octubre de 2013 por el procurador doña María Nieto Villalpando, en nombre y representación de los ejecutados se presentó escrito de nulidad de actuaciones. Dado el traslado oportuno, en fecha 11 de noviembre de 2013 se presentó escrito por parte de la ejecutante impugnando la oposición.

Razonamientos jurídicos

PRIMERO.- Por la parte ejecutada se alega en su incidente que existen una serie de cláusulas nulas dentro del préstamo que sirvió de título para la presente ejecución así mismo se afirma que existe una falta de legitimación activa de la ejecutante al no tener inscrita a su nombre la hipoteca.

La parte ejecutante se opone alegando que todas y cada una de las cláusulas contenidas en el préstamo son válidas y que, por tanto, se debe continuar con la presente ejecución desestimando el presente incidente. Subsidiariamente acepta la moderación de los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero (12%). Por otro lado niega la existencia de falta de legitimación activa.

SEGUNDO.- Antes de entrar a resolver la posible existencia de cláusulas abusivas o de falta de legitimación activa es necesario pronunciarse de oficio sobre un aspecto que afecta de manera directa al presente procedimiento.

En efecto la presente demanda se interpone por parte de Unnim Banc S.A.U. entidad diferente de la que consta en la escritura de préstamo hipotecario como prestamista, Caixa D'Estalvis de Sabadell. Dicha circunstancia se sustenta en la fusión de las cajas de ahorros de Manlleu, Sabadell y Terrassa en la Caixa D'Estalvis de Manlleu, Sabadell y Terrassa y que posteriormente transmitió todo su negocio financiero a favor de Unnim Banc S.A.U. El cambio del titular de la hipoteca no ha tenido su reflejo en el Registro de la Propiedad.

La apreciación de dicha circunstancia puede realizarse tanto a instancia de parte como de oficio. Así si se entiende que en virtud de dicha circunstancia existe una inadecuación del procedimiento, como es la postura de este juzgador, la misma puede ser apreciada de oficio (STS 10 de octubre de 1991, 10 de abril de 2007, entre otras) a la vista de que el presente procedimiento tiene más limitaciones en cuanto a las causas de oposición que una ejecución ordinaria o que un procedimiento declarativo. Si consideramos, como hacen algunas resoluciones de la jurisprudencia menor, que estamos en presencia de una falta de legitimación activa, la misma también sería apreciable de oficio (como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio 2004: *«una falta de legitimación activa que tiene que ver con el fondo del asunto, aunque en puridad es preliminar al fondo, que puede y debe ser apreciada de oficio aunque como tal no la hayan planteado las partes (SSTS 3-7-00, 4-7-01, 15-10-02, 10-10-02, 16-5-03 y 20-10-03)»*).

Dicho esto manifestar que sobre la necesidad en la inscripción de la titularidad en el Registro de la Propiedad el art. 149 de la Ley Hipotecaria establece: *"El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 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"*, por su parte el art. 244 del Reglamento Hipotecario lo desarrolla recogiendo: *"La cesión del crédito hipotecario se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción a favor del cesionario, excepto en los casos a que se refiere el artículo 150 de la Ley"*, es decir, cuando la hipoteca se hubiera constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, en cuyo caso, el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro, por ello, a sensu contrario, debe entenderse que para el resto de casos sí que es preceptiva dicha inscripción.

La mencionada necesidad también se desprende de lo dispuesto en los art. 685.2 (certificación del Registro que acredite inscripción y subsistencia de la hipoteca), art. 688 del mismo cuerpo legal estableciendo en su apartado tercero que *"si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el Secretario judicial dictará decreto poniendo fin a la ejecución"*. En tal sentido el art. 6 de la Ley 2/1994 exige para admitir la legitimación procesal ejecutiva del acreedor subrogado conforme a la misma, la presentación junto con el título ejecutivo oportuno, de la correspondiente escritura de subrogación inscrita o certificación registral sustitutoria.

TERCERO.- Desde un punto de vista jurisprudencial destaca la reciente **SAP Valencia de 04 de febrero de 2013** en la que se hace constar: *"- Así pues, siendo que la entidad a cuyo favor se constituyó la hipoteca es distinta de aquélla otra que instó el procedimiento de ejecución hipotecaria resulta insalvable el requisito a que se refiere el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el, si bien 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, -exigencia legal ésta que igualmente viene*

contemplada en el artículo 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios-, debiendo tenerse en cuenta también en relación con el presente procedimiento que, como indica la STS de 7 de febrero de 2007, "la jurisprudencia de esta Sala ha sentado como principio general el del rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que su extraordinaria limitación de la cognición procesal tiene como contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos, por lo que, como señala la Sentencia de 14 de septiembre de 2006 -con cita de las de 1 de junio de 1995, 17 de febrero de 1997 y 8 de febrero de 2005-, la indefensión existe cuando, cualquiera que sea la forma que se produzca, se priva a un interesado de la eficaz defensa de sus derechos legítimos, considerándose insita en la violación de las reglas que dan lugar a la nulidad, dada, precisamente, la naturaleza del proceso de ejecución que ha de ajustarse formalmente al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa".

Dicha postura ya venía siendo mantenida por otras Ilmas. Audiencias Provinciales como la **SAP Castellón de 12 de julio de 2012** establece: "El despacho de ejecución es indicativo de que el órgano judicial ha procedido, tal como ordena el art. 551 LEC, al examen del título y documentos necesarios para su integración y lo ha considerado suficiente. Pero bien puede suceder que en un momento posterior del proceso advierta el juzgado que el título adolece de deficiencia tal que no debió en su día procederse a tramitar la ejecución [lo que puede ser puesto de manifiesto por el deudor mediante escrito conforme al art. 562 LEC].

En el ámbito de la regulación general del proceso de ejecución de título no judicial un obstáculo de tal naturaleza puede hacerse valer por el ejecutado al oponerse a la ejecución por motivos procesales (art. 559 LEC). No hay tal oportunidad cuando se trata de la ejecución sobre bienes hipotecados, pues no se prevé entre las causas de oposición enumeradas en el art. 695 LEC.

Pero ello no puede impedir, precisamente por la trascendencia del especial proceso de ejecución hipotecaria y la relevancia de sus aspectos formales, que el órgano judicial detecte tras haber despachado ejecución la

existencia de un defecto esencial, que en su día pudo evitar el inicio del proceso [ese defecto puede ser puesto de manifiesto por el deudor conforme al art. 562 LEC]. Y, advertida la deficiencia, ha de obrar en consecuencia y adoptar un acuerdo cuyo efecto sea similar al de inadmisión que debió dictar en su día.

El momento de terminación del proceso no es inoportuno ya que el trámite del art. 688 LEC no tiene otro sentido que la comprobación de la vigencia del derecho en que se funda la ejecución, pues puede suceder que se hayan producido modificaciones desde que se confeccionó el título adjuntado a la demanda, o la certificación acompañada a la misma.

El procedimiento de ejecución de un título no judicial debe comportar un control estricto del título que debe ser mayor cuando se trata de ejecución sobre bienes hipotecados, en que son más limitadas todavía las causas de oposición admisibles y ni siquiera hay traba previa, sino directamente enajenación del inmueble sujeto a la garantía si el deudor no procede al pago.

El TS en sentencias de 3 diciembre 2004 y 7 febrero 2007 añade que la ejecución hipotecaria directa exige una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos; observancia que está en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa.

La inscripción de la hipoteca es constitutiva (art. 145 LH). Además la singularidad del proceso de ejecución hipotecaria exige rigor extremo en el cumplimiento de las formalidades a que se refieren los arts. 685, 688 y concordantes LEC.

El art. 149 LH al admitir la cesión del préstamo garantizado con hipoteca, manda que se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad, que es lo que no se ha hecho en el presente caso. Frente al alegato de la recurrente ese requisito es constitutivo.

Es propio de la disciplina legal hipotecaria el principio de la necesidad de la inscripción como requisito para la eficacia de la garantía real [por la vía de la ejecución directa hay que recordar el art. 130 LH]. No solo para entender constituida la misma, como antes ya hemos dicho, sino también

para la virtualidad de la modificación subjetiva afectante a alguna de las partes.

Los prestatarios no son terceros en el préstamo que recibieron, pero sí lo son en la cesión del mismo, que no consta les fuera notificada, pues no constituye notificación de la cesión el burofax remitido por Bankia SAU en el que el banco afirmaba que era titular del crédito y que notificaba el vencimiento anticipado.

En definitiva, los prestatarios son parte del préstamo hipotecario pero son terceros en la transmisión del crédito y conforme al art. 5 L. 2/1994 la subrogación no surte efectos frente a terceros si no se ha inscrito en el Registro.

Otro argumento a favor de la notificación de la cesión al deudor y de su inscripción en el Registro es que cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el art. 150 LH dice expresamente que el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro.

«A sensu contrario», esta norma conduce a la conclusión de que sí es necesaria la inscripción para la transmisión de la garantía en los demás casos, es decir, cuando la hipoteca no tenga por objeto la garantía de obligaciones transferibles por endoso o al portador. Por lo tanto, sí debió inscribirse la cesión a favor de Bankia SAU.

En definitiva, una vez que se ha constatado que la ejecutante de la garantía no es la titular registral de la misma, bien acordada estuvo la terminación del proceso de ejecución, lo que no obsta a que la entidad bancaria recurrente haga valer su derecho en el proceso declarativo correspondiente (art. 552.3 LEC)“.

En el mismo sentido destaca la **Auto AP Madrid de 03 de marzo de 2014** establece: " Este mismo Tribunal en varias ocasiones se ha pronunciado sobre las cuestiones que en ellos se plantean diciendo en su Auto de 17 de enero de 2.014 (Recurso de apelación 610/13. Pte. Sr. Cezon) que ""SEGUNDO. Este Tribunal se ha pronunciado ya en suficientes ocasiones

acerca de la necesidad de que la hipoteca se halle inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del ejecutante para que el mismo pueda, como acreedor hipotecario, ejercitar la acción de ejecución hipotecaria. Así, autos de esta Sección de 25 de febrero de 2013 (rollo 833/12), de 16 de septiembre de 2013 (rollo 79/13), de 22 de octubre de 2013 (rollo 159/13), de 6 de noviembre de 2013 (rollo 328/13) y 18 de noviembre siguiente (rollo 421/13).

Criterio que es también seguido en esta Audiencia Provincial por las Secciones Decimonovena (auto de 18 de enero de 2013), Undécima (auto de 13 de marzo de 2013) y Vigésima (autos de 16 de abril y de 4 de julio de 2013). TERCERO. En síntesis, nuestro juicio se funda en que, conforme al artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (integrado en el capítulo de particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados), "cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del Registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado primero del artículo 656 y en el que se exprese, asimismo, que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro". La mención a la hipoteca como la constituida "a favor del ejecutante" requiere que la titularidad del derecho de hipoteca del demandante de ejecución figure en el registro inmobiliario. Lo que tiene especial trascendencia, cotejado el precepto con el relativo a la certificación de dominio y cargas en la ejecución general de inmuebles (artículo 656 de la ley procesal civil), si se tiene en cuenta que en la ejecución sobre bienes hipotecados no hay traba previa.

Es cierto que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro (artículo 149 de la Ley Hipotecaria) tiene solo carácter declarativo, según ha venido entendiendo la jurisprudencia, de modo que la cesión se produce con el efecto traslativo propio (artículos 1112, 1878, 1528, 609 y 1464 del Código Civil) sin necesidad de la inscripción, que solo robustece el título inscrito frente a terceros a efectos de la fe pública registral (artículo 1526, párrafo segundo, del Código Civil), luego la cesión existe y produce efectos frente al deudor sin necesidad de acceder al Registro y el cesionario de un crédito hipotecario pasa, extra tábulas, a ostentar el derecho de crédito y, por ello, la titularidad de la hipoteca, conforme al artículo 1528 del Código Civil sustantivo. Pero ello no permite entender que el cesionario cuyo

derecho no ha sido inscrito pueda ejercitar, al cobijo de su derecho extratabular, la acción hipotecaria accesoria al crédito adquirido. Porque el nacimiento de la hipoteca requiere de la inscripción, que sí tiene naturaleza constitutiva (artículo 1875 del Código Civil), de forma que el título ejecutivo en que se funda la ejecución hipotecaria ha de ser una escritura de hipoteca inscrita, y aunque la cesión del crédito hipotecario nazca extra tabulas, el ejercicio de la acción por el cesionario requiere de la inscripción de su derecho para su conformación, en el proceso frente al deudor, frente al hipotecante no deudor, frente al tercer poseedor y frente a otros terceros, con la expresión del titular vigente del derecho de hipoteca, que ha de coincidir con la persona que ejercita la acción, y por cuya voluntad se despacha ejecución por el juez se manda la realización del bien hipotecado.

Esto es, que aunque la inscripción de la cesión sea voluntaria y tenga carácter declarativo, tal inscripción es imprescindible para la integración del título ejecutivo del cesionario, a los efectos del artículo 685, apartado dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atendiendo a que el título lo constituye una hipoteca inscrita y que, para la ejecución del título a instancia del cesionario, el Registro no puede dejar de publicar el derecho adquirido por el mismo. Esto, conforme al principio general del rigor formal del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, cuya extraordinaria limitación de cognición procesal exige, en contrapartida, una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos (Tribunal Supremo, Sentencia de 3 de diciembre de 2004)".

Esta misma tesis ha sido reiterada por el Auto de esta misma Sala también de fecha 17 de enero de 2.014 (Recurso de apelación 619/13. Pte Sr. De Bustos) en el que se decía "SEGUNDO.- Como ya tenemos dicho en numerosas resoluciones y, entre ellas, en auto de 18 de noviembre de 2013 (Recurso 421/2013), el régimen de la ejecución dineraria sobre bienes hipotecados que se regula y desarrolla en el libro III, título IV, capítulo V, artículos 681 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reviste caracteres procesales singulares tales como la sumariedad de trámites, la extraordinaria fuerza ejecutiva del título que, en razón a ella, se reducen y limitan los medios de alegación y defensa del deudor hipotecario, cuya oposición queda circunscrita a la extinción de la garantía o de la obligación garantizada y al error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y

ejecutado -artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, así como quedan limitadas las causas de suspensión al caso de prejudicialidad penal -artículo 697-, de modo que cualquier reclamación que el deudor pueda formular, incluso la nulidad del título, debe ventilarse en el juicio que corresponda - artículo 698- lo cual exige, como contrapeso y garantía del derecho del deudor tan drásticamente restringido en su intervención procesal, un examen riguroso de los requisitos de que debe estar revestido para poder dar inicio a tan privilegiado procedimiento, entre los que, sin duda, se halla la legitimación formal, y en este caso sustantiva, de la demandante, que según el artículo 688-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe acreditarse a través de la certificación del Registrador en la que "se exprese que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar".

Al respecto resulta de interés la doctrina que sienta el Tribunal Constitucional en la sentencia 79/2013, de 8 de abril. Al efecto debe distinguirse entre la titularidad del derecho material y su actuación procesal, pues mientras que aquella puede tenerse por acreditada formalmente a través de un documento público, la segunda debe someterse a la observancia y cumplimiento de los presupuestos formales exigidos no solo por normas hipotecarias sino también por otras de índole procesal, aunque estén ligadas a aquéllas, como acontece en el supuesto litigioso en que la Ley de Enjuiciamiento Civil no solo requiere que la hipoteca se acredite por medio de certificación registral que se halla vigente, sino también que lo sea a favor del ejecutante.

No desconocemos que la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, contiene una regulación específica con relación a la escisión global del activo y la transmisión en bloque por cesión universal de todo o parte del patrimonio de las sociedades mercantiles, más dicha ley no deroga ni modifica los artículos 1526 del Código Civil y 149 de la Ley Hipotecaria que exige la inscripción de la cesión en el Registro de la Propiedad, y si esa hubiera sido la voluntad del legislador así lo hubiera establecido de modo expreso, por lo que tal omisión no puede ser suplida por una interpretación voluntarista, máxime cuando tiene por objeto dulcificar en beneficio del acreedor el régimen de un proceso de ejecución eminentemente formal y especialmente privilegiado, que reduce extraordinariamente las posibilidades de oposición del deudor y de suspensión de su tramitación, según ya hemos expuesto.

La falta de inscripción de la hipoteca cedida a favor del ejecutante además puede originar numerosos problemas e incidentes como bien se enuncian en el fundamento de derecho quinto de la resolución apelada, tales como inducir a error a terceros y pagar a quien figure como titular en el Registro de la Propiedad al desconocer la existencia de la cesión del crédito garantizado con la hipoteca; que inste la ejecución el cesionario no inscrito y luego acceda al Registro una cesión del mismo crédito a favor de otro acreedor, que gozaría de preferencia según los artículos 17, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria frente al cesionario no inscrito que inició la ejecución; ser embargado el crédito hipotecario sin estar inscrita la cesión a favor de quien insta la ejecución; ser declarado en concurso el titular de la hipoteca inscrita y que se siga la ejecución iniciada por un cesionario no inscrito; quedar vedada la inscripción de la adjudicación del bien hipotecado a resultas del procedimiento de ejecución, así como la práctica de las cancelaciones pertinentes, por no constar inscrita la cesión y no cumplirse el principio del tracto sucesivo, y otros análogos.

Las precedentes consideraciones ya fueron ponderadas y valoradas al dictar nuestros autos de fechas 25 de febrero de 2013 (Recurso nº 833/2012. Ponente Sr. Cezón), 16 de septiembre de 2013 (Recurso 79/2013. Ponente el mismo de éste) y 22 de octubre de 2013 (Recurso 159/2013), resoluciones en las que dijimos: "Efectivamente el artículo 551-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que presentada la demanda ejecutiva el Tribunal dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, y el título no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, lo que requiere un examen de la legalidad del propio título y de la legitimación sustantiva o material del ejecutante por ser el titular del derecho que incorpora y publica el referido título y, precisamente por estar obligado a realizar tal examen, el artículo 552 de la misma ley autoriza al Tribunal a denegar el despacho solicitado cuando aprecie que no concurren los presupuestos o requisitos legalmente exigidos para ello. Juicio de legalidad que la Magistrada de primera instancia ha efectuado con el resultado negativo que pone de manifiesto la resolución apelada, por la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria y la inaplicación al caso del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que cede

ante la especialidad de la regulación de la ejecución hipotecaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 681, apartado 1, también de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el recurso lo que se plantea no es la legalidad de la excepción que respecto a la acreditación documental del título contempla el artículo 685-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se trata de la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una Entidad del mercado hipotecario de las que legalmente pueden emitir cédulas hipotecarias o que garanticen créditos y préstamos, a las que les basta con la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y la subsistencia de la hipoteca, que se completa con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial, con tal que comprenda la finca o fincas objeto de la ejecución, cuestión que ya tratamos en nuestros autos de 12 y 15 de febrero de 2013; sino si en el caso de que se haya producido una o sucesivas transmisiones del préstamo garantizado con hipoteca, ya sea de modo singular, ya a resultas de la segregación del conjunto de los elementos patrimoniales y accesorios de una Entidad de tal clase que componían su negocio financiero y lo traspa en bloque a otra entidad, por sucesión universal, o de una operación de fusión por absorción, con disolución de la Entidad absorbida, es preciso que la escritura pública de cesión se inscriba en el Registro de la Propiedad y así se acredite con la demanda, o basta con la certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción (inicial) y la subsistencia de la hipoteca.

El artículo 149 de la Ley Hipotecaria permite la cesión del crédito o préstamo garantizado con hipoteca que, según el principio de accesoriedad de esta que se establece en los artículos 1528 y 1857-1 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, también comporta la de la hipoteca, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil, la cual no precisa del consentimiento ni el conocimiento del deudor, que no es constitutivo de la cesión del crédito hipotecario, aunque los artículos 242 y 243 del Reglamento Hipotecario se refieran a la notificación o puesta en conocimiento del deudor, lo que no obsta a que su falta produzca los efectos que se señalan en el artículo 1527 del Código Civil y que el artículo 151 de la Ley Hipotecaria haga responsable al cedente de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de su falta. Ahora bien, el mencionado artículo 149 establece los requisitos de forma y de publicidad que han de acompañar a la cesión del crédito, al establecer que "la cesión de la

titularidad de la hipoteca (sin distinguir si es a título singular o universal) que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad". Exigencia que refuerza a sensu contrario el artículo 150 al señalar, como excepción, la hipoteca constituida para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, y el artículo 244 del Reglamento Hipotecario.

La actuación, en sede judicial o extrajudicial, de cualquier contenido registral presupone y hace necesaria la inscripción previa de la titularidad del ejecutante, porque solo de ese modo puede realizarse el control de la legalidad del derecho y de la legitimación del accionante a resultas de su adquisición y, asimismo, la vigencia registral del asiento que delimita el derecho del titular actual, evitando que pueda solicitar la ejecución quien, a resultas de una ulterior transmisión no inscrita en el Registro de la Propiedad, ha dejado de ser titular del crédito garantizado con la hipoteca. Sobre la proyección procesal de estos principios ya nos hemos pronunciado en nuestro auto de 25 de febrero de 2013 (Recurso nº 833/2012. Ponente: Sr. Cezón) en el que dijimos: " Conforme al artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (integrado en el capítulo de particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados), "cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del Registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado primero del artículo 656 y en el que se exprese, asimismo, que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro".

La mención a la hipoteca como la constituida "a favor del ejecutante" requiere que la titularidad del derecho de hipoteca del demandante de ejecución figure en el registro inmobiliario. Lo que tiene especial trascendencia, cotejado el precepto con el relativo a la certificación de dominio y cargas en la ejecución general de inmuebles (artículo 656 de la ley procesal civil), si se tiene en cuenta que en la ejecución sobre bienes hipotecados no hay traba previa. Es cierto que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro (artículo 149 de la Ley Hipotecaria) tiene solo carácter declarativo, según ha venido entendiendo la jurisprudencia, de modo que la cesión se produce con el efecto traslativo propio (artículos 1112, 1878, 1528, 609 y 1464 del Código Civil) sin necesidad de la inscripción, que solo robustece el título inscrito frente a terceros a efectos de la fe pública

registrar (artículo 1526, párrafo segundo, del Código Civil), luego la cesión existe y produce efectos frente al deudor sin necesidad de acceder al Registro y el cesionario de un crédito hipotecario pasa, extra tábulas, a ostentar el derecho de crédito y, por ello, la titularidad de la hipoteca, conforme al artículo 1528 del código sustantivo.

Pero ello no permite entender que el cesionario cuyo derecho no ha sido inscrito pueda ejercitar, al cobijo de su derecho extratabular, la acción hipotecaria accesoria al crédito adquirido. Porque el nacimiento de la hipoteca requiere de la inscripción, que sí tiene naturaleza constitutiva (artículo 1875 del Código Civil), de forma que el título ejecutivo en que se funda la ejecución hipotecaria ha de ser una escritura de hipoteca inscrita, y aunque la cesión del crédito hipotecario nazca extra tabulas, el ejercicio de la acción por el cesionario requiere de la inscripción de su derecho para su conformación, en el proceso frente al deudor, frente al hipotecante no deudor, frente al tercer poseedor y frente a otros terceros, con la expresión del titular vigente del derecho de hipoteca, que ha de coincidir con la persona que ejercita la acción, y por cuya voluntad se despacha ejecución por el juez se manda la realización del bien hipotecado.

Esto es, que aunque la inscripción de la cesión sea voluntaria y tenga carácter declarativo, tal inscripción es imprescindible para la integración del título ejecutivo del cesionario, a los efectos del artículo 685, apartado dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atendiendo a que el título lo constituye una hipoteca inscrita y que, para la ejecución del título a instancia del cesionario, el Registro no puede dejar de publicar el derecho adquirido por el mismo. Esto, conforme al principio general del rigor formal del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, cuya extraordinaria limitación de cognición procesal exige, en contrapartida, una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos (Tribunal Supremo, Sentencia de 3 de diciembre de 2004)".

Este posicionamiento judicial es coincidente con el criterio mantenido por la Resolución de 8 de julio de 2013 de la **Dirección General de los Registros y del Notariado**, precisamente dictada con ocasión de la tramitación de un procedimiento de ejecución a instancia de la misma entidad crediticia que aquí es demandante y apelante (Caixabank), en la que se enuncia la cuestión suscitada con los siguientes términos: "Se plantea en

el presente expediente si para la expedición de certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria -en este caso judicial- y la consiguiente extensión de la nota marginal acreditativa de haberse practicado tal extremo, es necesario que la hipoteca objeto de ejecución se encuentre inscrita a favor de la entidad ejecutante o si, por el contrario, en los supuestos de sucesión universal de la entidad acreedora y tratándose de una operaciones societarias realizadas dentro del proceso de modificación de las estructuras de las cajas de ahorro en el sistema financiero español, es suficiente que el solicitante sea causahabiente del titular registral de la hipoteca.”.

Y se argumenta: “Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (véase Resoluciones señaladas en los «Vistos») no cabe duda que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (artículo 1.875 del Código Civil y artículos 130 y 145 de la Ley Hipotecaria). De esta manera, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. Debe añadirse a ello, la función esencialmente protectora de la posición del deudor que tiene todo el procedimiento registral. La ejecutividad del procedimiento se compensa con la celosa protección de los derechos del ejecutado, de manera que sólo podrá procederse en los términos proclamados por los asientos registrales.”. “Este Centro Directivo ha sostenido la imposibilidad de expedirse certificación de cargas a instancia de quien no figura aún como titular registral de la hipoteca. Defecto, por otra parte, fácilmente subsanable mediante la aportación de la titulación necesaria para operar registralmente la sucesión en la titularidad de la hipoteca”. “En el ámbito de la ejecución judicial, será también necesario cumplir el tracto sucesivo en relación a la hipoteca cuando se pretenda inscribir cualquier vicisitud jurídica de trascendencia real en relación a la misma o a la ejecución de la finca derivada de ella (cesión de crédito, pago con subrogación, adjudicación de la finca como consecuencia del procedimiento de ejecución directa, etcétera).

De manera que el decreto de adjudicación no podrá inscribirse sin la previa inscripción a favor del causahabiente del titular registral de la hipoteca que se subroga en la posición de demandante.

Esa necesaria inscripción, en la forma determinada en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor, es la que permitirá que puedan tener acceso al Registro las vicisitudes ulteriores del procedimiento, y singularmente el decreto de adjudicación." Las más recientes Resoluciones de 2 y 11 de octubre de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado han reproducido la doctrina de la precedente que parcialmente hemos transcrito y abunda en la necesidad de esa inscripción en la forma determinada en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor, pues es la que permitirá que puedan tener acceso de Registro las vicisitudes ulteriores del Procedimiento y singularmente el decreto de adjudicación.

Y si bien esta Resolución considera que ello no impide la expedición de la certificación de cargas en la ejecución directa judicial, por no ser más que un trámite procesal que todavía no conlleva el expresado cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución; sin embargo, desde el punto de vista procesal, si es exigible la previa inscripción registral por ordenar el artículo 688.1 que en dicha certificación se exprese que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar, y, además, por hacerla conveniente la naturaleza del procedimiento y la integral protección del derecho del ejecutado y de los terceros".

CUARTO.- Este juzgador considera necesario e imprescindible dicha inscripción para acceder a un procedimiento tan especial, riguroso, formal y limitado en cuanto a los medios de defensa para el deudor como es la ejecución hipotecaria. Dicha exigencia lo es tanto para supuestos de cesión por un específico negocio jurídica (no desaparece la entidad que cede) como por absorción (entidad absorbida por la nueva) ya que la ley no distingue entre los dos casos al ser un requisito formal conforme al art. 149 de la Ley Hipotecaria. Además no se puede olvidar que este procedimiento no deja de ser una ejecución directa de base registral de manera que sólo puede ejercitarse, partiendo del art. 130 de la Ley Hipotecaria, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento

respectivo, por lo que si no está inscrita la hipoteca a favor del ejecutante se estaría conculcando el precepto antes aludido.

Pero no sólo se vulneraría tal precepto sino que de despacharse la ejecución sin estar previamente inscritos los títulos en los que el ejecutante pretende fundamentar sus derechos sobre el crédito hipotecario se vulneraría el derecho de defensa del deudor (por la limitación de motivos de oposición) en el sentido dado por la STC 41/1981 ya que en tal supuesto pierde sentido la situación de privilegio que tiene el ejecutante inscrito (precisamente por la presunción de legalidad derivada del art. 38 de la Ley Hipotecaria).

Dicha exigencia se desprende también de nuestra legislación procesal así, además de lo dispuesto en el art. 688 de la L.E.Civil, también hay que destacar lo dispuesto en el art. 686 de la L.E.Civil: *"En el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro"*, así ni el deudor ni menos el tercer poseedor propietario de la finca pueden ser requeridos para pagar a un cesionario que, al no constar inscrito en el Registro como titular de la hipoteca, no podría cancelar la hipoteca, pudiendo incluso ocurrir que después de hacer el pago resultase que la hipoteca pertenece a un tercero hipotecario.

Esa no es la única situación conflictiva que pudiera darse, ya que de no exigirse la inscripción del cesionario en el Registro de la Propiedad podría suceder que el deudor, una vez instado el procedimiento hipotecario por el cesionario no inscrito, pagara extrajudicialmente la deuda al éste y que, sin embargo, siguiera su finca sujeta al pago de toda la obligación por aparecer un acreedor hipotecario de buena fe que inscribiese antes su derecho en el Registro de la Propiedad. Lo mismo podría suceder en casos de dobles o triples cesiones no inscritas del crédito hipotecario. Todo ello son riesgos y perjuicios graves que podrían solucionarse con la inscripción del negocio jurídico de cesión en el Registro de la Propiedad, además de ser riesgos que no deberían existir en un procedimiento que exige un formalismo extremo ya que una de las partes, deudor, ve limitados sus mecanismos de defensa.

Por todo ello debe declararse la necesidad de dicha inscripción y su falta es un defecto insubsanable, pues el título de ejecución debe ser previo

al despacho de dicha ejecución lo que conduce al archivo de la presente ejecución sin necesidad de entrar en el fondo del resto de causas de oposición alegadas. Ello lo es sin perjuicio de la posibilidad del acreedor de acudir al proceso ordinario de ejecución o bien al hipotecario en caso de que inscriba su derecho. Dicho esto no es necesario pronunciarse sobre el resto de causas alegadas.

Por último destacar que en fecha 27 de septiembre de 2013 se celebró Junta de Magistrados de las secciones civiles de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid en la que 17 magistrados votaron a favor del criterio de este juzgador considerando necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad de la sucesión producida.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

DEBO DECLARAR Y DECLARO el archivo de la presente ejecución hipotecaria por inadecuación del mismo.

Contra la presente resolución cabe recurso de apelación.

Lo acuerda y firma el JUEZ JAVIER FRANCISCO ALBA FIGUERO, doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.-