

## CESIÓN DE CRÉDITOS Y CUESTIONES PRÁCTICAS DE INTERÉS: RETRACTO DE CRÉDITO LITIGIOSO Y TITULIZACIÓN

ANTONIO JOSÉ MOYA FERNÁNDEZ, ENCARNACIÓN PÉREZ-PUJAZÓN y EDUARDO TRIGO SIERRA  
Abogados\*

### Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y ejecución de créditos sujetos a titulación

En los últimos años de crisis económica, ante el aumento de la morosidad, las entidades financieras han recurrido a las ventas masivas de cartera como medio para aligerar sus balances. En paralelo, hemos asistido a un desarrollo intenso de los relativamente recientes procesos de titulación, que se regularon por primera vez en nuestro Derecho en la década de los noventa como mecanismos que facilitan la financiación de las entidades y permiten la transferencia del riesgo asociado a la titularidad del crédito. De hecho, en el año 2011, España fue el tercer país originador a nivel europeo, situándose después de Reino Unido y Holanda. Este artículo analiza algunas de las problemáticas procesales que plantea la reclamación de créditos que, de un modo u otro, se encuentran afectos a operaciones de ventas de carteras de créditos impagados (hipotecarios y al consumo) o a procesos de titulación de créditos hipotecarios. Este análisis se realiza desde una perspectiva procesal y con un enfoque eminentemente práctico. En particular, se abordan dos de las cuestiones que más litigiosidad están generando en la actualidad: el retracto de crédito litigioso, incluido su ámbito y requisitos de aplicación, y la legitimación activa de la entidad de crédito originadora en caso de ejecución del crédito titulado, incluida su facultad de cesión de remate.

#### PALABRAS CLAVE

Cesión de crédito, Bancos, Entidades financieras, Fondos de inversión, Deudor cedido, Venta de cartera de créditos impagados, Retracto de crédito litigioso, Artículo 1.535 CC, Ley 511 del Fuero Nuevo Navarro, Titulación, Procesos de ejecución (ordinaria e hipotecaria), Legitimación activa de la entidad de crédito originadora, Cesión de remate, Ley 2/1981, Real Decreto 716/2009, Ley 5/2015.

### Practical aspects of assigning credits: rights of first refusal over disputed credits and enforcement of credits subject to securitization

In the recent years of economic crisis, owing to the increase in payments in arrears, the financial entities have resorted to massive selling of credit portfolios as a way to lighten their financial accounts. Meanwhile, we have seen a strong development in the relatively recent securitization process, which were first regulated by Spanish law in the 90s as mechanisms to facilitate the financing of the banks and to allow the transfer of the risk associated with the ownership of the credit right. In fact, in 2011, Spain was the third sponsor country at the European level, following only the United Kingdom and The Netherlands. This article analyses some of the procedural difficulties arising from the collection of credits affected by a sale of non-performing loans (mortgage loans and consumer credits) or the securitization of mortgage loan portfolios. The analysis takes an eminently practical approach from a procedural perspective to two of the most controversial issues in current times: the right of first refusal over disputed credits, including its scope and requirements of application, and the legal standing of the originating entity (bank) when enforcing a credit subject to securitization, including its ability to assign the auction rights.

#### KEY WORDS

Assignment of credits, banks, financing entities, investment funds, assigned debtor, sale of non-performing loans, right of first refusal over disputed credits, article 1535 Civil Code, Navarran Law 511, securitization, enforcement and foreclosure proceedings, legal standing of the originating entity (bank), assignment of auction rights, Act 2/1981, Royal Decree 716/2009, Act 5/2015.

Fecha de recepción: 15-9-2016

Fecha de aceptación: 30-10-2016

### 1 • INTRODUCCIÓN

En los últimos años de crisis económica, ante el aumento de la morosidad, las entidades financieras han recurrido a las ventas masivas de cartera como medio para aligerar sus balances. En paralelo, hemos asistido a un desarrollo intenso de los relativamente recientes procesos de titulación, que se regularon por primera vez en nuestro Derecho en la década de los noventa como mecanismos que facilitan la financiación de las entidades y permiten la transferencia del riesgo asociado a la titularidad del

crédito. De hecho, en el año 2011, España fue el tercer país originador a nivel europeo, situándose después de Reino Unido y Holanda.

En este trabajo se analizan desde un punto de vista eminentemente práctico los problemas que plantea la cesión ordinaria de créditos, especialmente con ocasión de las ventas de carteras de crédito, y los procesos de titulación en el ámbito del procedimiento de ejecución que se sigue en caso de impago del crédito cedido o titulado. Nos vamos a centrar en dos de las cuestiones más espinosas: el derecho de retracto del crédito litigioso y la legitimación activa de la entidad de crédito originadora en caso de ejecución del crédito titulado para, en caso de adjudicación del

\* Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

bien realizado, ceder el remate después al fondo de titulización.

## 2 · EL RETRACTO DE CRÉDITO LITIGIOSO

Recientemente, ha recobrado importancia una institución jurídica —el retracto de crédito litigioso regulado en el artículo 1535 del Código Civil («CC») — que estaba prácticamente en desuso. Su revitalización se ha producido de la mano de las compraventas de carteras de créditos (hipotecarios y al consumo) que han proliferado en nuestro país en los últimos años. En estas mismas páginas ya fueron tratadas determinadas cuestiones prácticas relacionadas con esas ventas de carteras<sup>1</sup>.

En virtud de esas operaciones de *distressed debt* — así conocidas en el mundo anglosajón —, las entidades financieras han transmitido a fondos de inversión, normalmente extranjeros, paquetes de créditos en situación de incumplimiento —*non-performing loans*, en su acepción inglesa — para reducir el impacto negativo de tales portfolios en su cuenta de pérdidas y ganancias, en sus ratios financieros y en sus índices de morosidad, mejorar su liquidez con la entrada de caja adicional y reducir los costes de gestión de esos activos.

Las citadas carteras se componen de préstamos y créditos impagados de todo tipo, que pueden diferir en cuanto a sus deudores, naturaleza, origen, antigüedad, importe y condiciones en general. Es habitual que, cuando se producen esas ventas, ya se hayan iniciado los correspondientes procedimientos judiciales para la reclamación de su cobro y que algunos deudores se encuentren en situación concursal.

Pues bien, en la práctica es cada vez mayor el número de estos deudores que, tras conocer que sus créditos han sido transmitidos a un tercero, alegan ante los tribunales que aquellos créditos son litigiosos. Y ello con el propósito de intentar extinguir sus deudas beneficiándose del mecanismo previsto en el artículo 1535 CC.

Una de las consecuencias de este creciente fenómeno ha sido que, frente a la escasa jurisprudencia existente sobre el retracto de crédito litigioso, en los últimos años se ha producido un incremento de

las resoluciones judiciales dictadas en torno a la interpretación y aplicación de esa figura. A continuación se abordan, precisamente, algunas de las cuestiones más relevantes que se han suscitado a raíz de esa práctica judicial.

En este análisis no deben perderse de vista dos cuestiones nucleares que están íntimamente relacionadas. La primera es que la figura del retracto de crédito litigioso no es pacífica y su aplicación está llena de claroscuros<sup>2</sup>. Ello se debe, en buena parte, a su parca regulación —solamente los artículos 1535 y 1536 del CC—, que adolece de lagunas y suscita dudas sobre su aplicación práctica —especialmente en lo relativo a su ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y temporal—, que no siempre han sido resueltas por los tribunales.

La segunda cuestión a tener en cuenta es que, tal y como reconocen la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, el retracto de crédito litigioso «[s]upone, en definitiva, una restricción legal al principio de libre circulación y transmisión de los créditos, proclamado en el artículo 1112 de Código Civil»<sup>3</sup>, a la par que constituye un privilegio o beneficio para el deudor que exceptúa el normal desenvolvimiento de la cesión de créditos y reduce *ex lege* los derechos del acreedor cesionario<sup>4</sup>. En consecuencia, y conforme al brocardo que establece que lo desfavorable debe ser restringido y lo favorable ampliado —«*odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda*»—, el artículo 1535 CC debe ser interpretado de manera restrictiva, ya que, como gráficamente expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre 1981<sup>5</sup> al resolver un supuesto de retracto convencional, «en cuestión de cercenamiento de derechos ha de tomarse siempre una interpretación restrictiva».

### 2.1 · Origen y breve apunte de derecho comparado

El artículo 1535 CC es una copia del artículo 1699 del Código Civil francés, que, a su vez, está inspirado en la llamada *Lex Anastasiana* romana. Este precepto

<sup>2</sup> *Vid.*, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo («STS») de 31 de octubre de 2008 [RJ 2008\5810].

<sup>3</sup> *Vid.*, por todas, la Sentencia de la Audiencia Provincial («SAP») de Madrid de 18 de febrero de 2015 [AC 2015\970].

<sup>4</sup> Entre otros, ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo: «Retrato de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraible. Consideraciones críticas a partir de la sentencia del Tribunal Supremo nº 976 de 31 de octubre de 2008 [BIB 2010\1072]», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2010, págs. 18 y 19.

<sup>5</sup> RJ 1981\4541

<sup>1</sup> *Vid.* MOYA FERNÁNDEZ, Antonio José, PÉREZ LÓPEZ, Ángel y TRIGO SIERRA, Eduardo: «Cuestiones prácticas de las ventas de carteras de créditos», *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 33, 2012.

no es una norma cuyo objeto sea la protección de los consumidores, ni puede ser reinterpretada como tal. Buena prueba de ello es el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («ATJUE») de 5 de julio de 2016 que, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo de 11 de noviembre de 2015, declara que la Directiva comunitaria 93/13/CEE de consumidores no es aplicable al artículo 1535 CC.

La acción de retracto responde exclusivamente a la tutela del interés individualizado del deudor cuyo crédito litigioso es cedido. La única consecuencia que se deriva de la cesión del crédito litigioso es que nace para el deudor —único legitimado para su ejercicio— una facultad, de la que libremente puede decidir hacer uso, de extinguir su crédito frente al cesionario —su actual acreedor— abonando las cantidades a que hace referencia el artículo 1535 del CC, sin olvidar que para ello será preciso un análisis individualizado de las circunstancias y vicisitudes que rodean al concreto contrato de crédito, a fin de verificar si respecto de él concurren o no los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos para considerar el crédito como litigioso y para ejercitar el retracto en tiempo y forma.

En realidad, el artículo 1535 CC es una norma que nació en un contexto socio-económico y jurídico ya superado<sup>6</sup>, con la finalidad de «desincentivar a los especuladores de pleitos», interesados en la injustificada duración de los procesos<sup>7</sup>.

Tal vez por su falta de adecuación actual al sentido histórico de la norma, donde el interés de cedentes y cesionarios es que los litigios se resuelvan lo antes posible, o se alcance un acuerdo con el deudor, la figura del retracto de crédito litigioso ha ido desapareciendo de los países de nuestro entorno —como Italia y Portugal—, y solo sobrevive en Francia, algunos países de Hispanoamérica, Puerto Rico, Egipto y Filipinas. Tampoco es conocida en el derecho común inglés —que combatió las prácticas análogas a la compra de litigios ajenos mediante las doctrinas de «*maintenance*» y «*champerty*»—, ni en el derecho estadounidense —salvo en el estado de Luisiana—<sup>8</sup>.

Sea como fuere, es evidente que la norma tiene una naturaleza excepcional, por lo que debe ser interpretada restrictivamente.

## 2.2 · Concepto, regulación y requisitos

El retracto de crédito litigioso se encuentra regulado en el artículo 1535 CC y consiste en la facultad que, en caso de venta de un crédito litigioso, tiene el deudor para extinguir la deuda pagando al cesionario el precio que abonó —que suele ser inferior al importe real del crédito—, incrementado en el interés legal y las costas, dentro de los nueve días naturales siguientes al momento en que el cesionario le reclamó el pago. Por su parte, en el artículo 1536 CC se regulan determinados supuestos a los que no se aplica el retracto y que, por dicha razón, no serán tratados en este trabajo.

Según la jurisprudencia, los requisitos que deben concurrir para que proceda el retracto de crédito litigioso son los siguientes<sup>9</sup>:

- (i) La cesión onerosa de un crédito que, a su vez, sea litigioso.
- (ii) La legitimación material, esto es, la titularidad del derecho, que se reconoce exclusivamente al deudor.
- (iii) El ejercicio del derecho en el plazo de caducidad de nueve días, a contar desde la reclamación hecha por el cesionario al deudor.
- (iv) El ejercicio de dicho derecho debe ir acompañado del pago o consignación de las cantidades a que alude el art. 1535 CC<sup>10</sup>.

La principal conclusión que cabe extraer de este conjunto de requisitos cumulativos es que no todo crédito reclamado judicialmente es un crédito litigioso a los efectos del artículo 1535 CC. Para comprender mejor en qué supuestos puede ejercitarse el retracto de crédito litigioso es necesario delimitar su ámbito de aplicación.

## 2.3 · Ámbito de aplicación

A partir de las premisas antes mencionadas puede definirse el ámbito de aplicación objetivo, subjetivo

<sup>6</sup> Vid. ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo: «Retracto de créditos litigiosos...», *op. cit.*, págs. 4 y 6. «Con la finalidad de desincentivar a los especuladores de pleitos».

<sup>7</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Cesión de crédito litigioso: Aplicación del art. 1535 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pág. 266.

<sup>8</sup> Vid. TRIAS MONGE, José: «El envejecimiento de los códigos: el caso del retracto de crédito litigioso», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 64:3:449, 1995, págs. 455 y 456.

<sup>9</sup> SAP de Madrid de 18 de febrero de 2015 [AC 2015\970].

<sup>10</sup> Este último requisito viene exigido, entre otras, por la SAP de Madrid de 7 de octubre de 2002 [JUR 2003\23315].

y temporal del retracto de crédito litigioso, no sin antes indicar que, como es fácilmente constatable, algunas de las recientes resoluciones judiciales dictadas en desarrollo del artículo 1535 CC reinterpretan la doctrina del Tribunal Supremo hasta el punto de ampliar indebidamente el ámbito de aplicación de la norma. Por ello, no es ocioso recordar que la interpretación del precepto debe ser siempre restrictiva y que no es admisible su aplicación expansiva a supuestos distintos de aquellos para los que se estableció.

(i) Ámbito objetivo de aplicación: créditos litigiosos

En este apartado se trata de concretar qué puede ser objeto de retracto. Para ello es oportuno aclarar qué debe entenderse por «crédito» y por «litigioso» a los efectos del artículo 1535 CC.

a) Crédito: concepto y alcance

Por lo que se refiere al vocablo *crédito*, su concepto y alcance es controvertido. Sobre el particular existen tres tesis<sup>11</sup>: (i) la restrictiva, que reduce su aplicación a los créditos dinerarios; (ii) la intermedia, que comprende otros derechos de crédito o personales; y (iii) la amplia, que abarca todos los derechos y acciones.

En favor de la tesis restrictiva hay argumentos de peso. El primero es el tenor literal del artículo 1535 CC, que solo habla de créditos y no de derechos. Y el segundo es que ese precepto es prácticamente trasunto del artículo 1466 del Proyecto de CC de 1851, que, inspirado en las leyes romanas que constituyeron el primer antecedente del retracto de crédito litigioso, solo hacía referencia a créditos, sin extender su aplicación a acciones y derechos, como pretendía García Goyena<sup>12</sup>. De hecho, la doctrina mayoritaria y la STS de 4 de mayo de 1952 [RJ 1952, 476] se habían decantado por esa tesis restrictiva.

Sin embargo, la reciente STS de 31 de octubre de 2008 [RJ 2008, 5810] acoge una concepción amplia del vocablo *crédito* que comprende «*todo derecho individualizado transmisible*». Esta doctrina jurisprudencial ha sido posteriormente confirmada por la STS de 1 de abril de 2015<sup>13</sup>, que entiende

referido el concepto de crédito del artículo 1535 CC a «*todos los derechos (y acciones) individualizados y que sean transmisibles*». Por tanto, puede concluirse que el retracto cabe respecto de créditos, derechos y acciones, siempre que estén individualizados y sean transmisibles. No obstante lo anterior, la tesis restrictiva se antoja como la que mejor se compadece con el carácter restringido que, por las razones apuntadas, debe presidir la interpretación del artículo 1535 CC.

En cuanto al requisito de individualización del crédito a los efectos del artículo 1535 CC, debe entenderse que solo procede el retracto respecto de créditos litigiosos que hayan sido objeto de cesión de forma individualizada, esto es, mediante cesión singular, de modo que no cabe su aplicación a los créditos transmitidos en bloque, mediante cesión global o sucesión universal.

En ese sentido, la jurisprudencia tiene declarado que no se da el retracto en los casos en que la adquisición obedezca a una operación de modificación estructural por la que se proceda a la cesión global o en bloque del patrimonio del cedente al cesionario. Así lo entiende la aludida STS de 1 de abril de 2015, que, en un supuesto de traspaso en bloque por sucesión universal a consecuencia de una operación de segregación realizada al amparo del artículo 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, enseña que «*no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada*». Otro de los argumentos esgrimidos por el TS en su fallo es que la operación de segregación enjuiciada se enmarca en un intenso proceso de reestructuración y reforzamiento de los recursos propios del sistema financiero, en el que no hay cabida para que los deudores puedan retraer las operaciones que dejaron impagadas y en situación de litigiosidad.

En igual sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de febrero de 2015<sup>14</sup> en un supuesto de fusión por absorción entre entidades financieras. El retracto de crédito litigioso tampoco cabe en supuestos de transmisión de unidades productivas en concurso, como ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de

<sup>11</sup> Vid. la STS de 31 de octubre de 2008 [RJ 2008\5810].

<sup>12</sup> En cambio, el artículo 1699 del *Code Civil* francés, del que es reflejo el artículo 1535 del CC español, se refiere a derechos y no a créditos.

<sup>13</sup> RJ 2015\1175.

<sup>14</sup> JUR 2015\100490.

Lugo de 25 de septiembre de 2015<sup>15</sup>, que rechaza la aplicación del retracto por inexistencia de crédito litigioso, toda vez que lo transmitido en el concurso no fue un crédito concreto ni individualizado, sino un patrimonio en bloque representado por una unidad productiva.

Cabe plantearse si procede aplicar el artículo 1535 CC en caso de adquisición de un crédito, junto con otros, en virtud de una operación de compraventa de cartera de créditos, en la medida en que esta no constituye una modificación societaria estructural de las reguladas en la Ley 3/2009. Sin ánimo de adentrarnos en estériles disquisiciones teóricas, entre los argumentos que se han esgrimido para rechazar su aplicación en compras de carteras de créditos cabe citar los siguientes<sup>16</sup>:

1. El artículo 1535 CC habla expresamente de la venta de «un» crédito en singular, y no de la venta de una cartera o paquete de créditos en plural.
2. En materia de interpretación del precepto rige el canon hermenéutico restrictivo, máxime cuando, como señala Romero García-Mora<sup>17</sup>, el retracto de créditos litigiosos no es un mecanismo que resulte necesario para el normal desenvolvimiento de la cesión de créditos en Derecho español.
3. El retracto exige una perfecta identidad entre lo vendido (la cartera de créditos) y lo retraído (el supuesto concreto crédito litigioso), identidad que no se da en estos casos. En ese sentido abundaría el hecho de que el retracto de crédito litigioso requiere que se haya producido la cesión de un crédito individualizado, lo que comporta que por él se haya pagado un precio *ad hoc*. En cambio, en las ventas de carteras se produce la transmisión de un conjunto de créditos como un todo sin individualizar, por lo que el precio que se abona es una cantidad global. Eso determinaría que no sea posible el retracto particular respecto de cada uno de los créditos.

Esa misma idea subyace en el artículo 25.7 de la Ley 28/1994, de 24 de noviembre, de Arrenda-

mientos Urbanos, al excluir los derechos de tanteo y retracto a los arrendatarios con ocasión de la venta conjunta, esto es, cuando el objeto de la venta sea todo el edificio o, al menos, todas las viviendas del inmueble que sean propiedad del arrendador.

4. Sea como fuere, lo que no parece admisible es algún pronunciamiento aislado que, obviando el principio de autonomía de la voluntad de las partes, y pese a la falta de individualización del precio por crédito, requiere al acreedor para que lo facilite, bajo apercibimiento de hallarlo prorrateando o dividiendo el precio total abonado por la cartera entre el número de créditos transmitidos.

Como se entenderá fácilmente, el precio total abonado por un único comprador de una cartera con un volumen considerable de créditos no puede coincidir con el que resultaría de sumar el precio de venta individualizada de cada uno de los créditos a distintos compradores. Esto es así por una cuestión lógica de mercado y de economías de escala, que determina que el coste por unidad sea inferior en caso de adquisición por un único comprador de todas o múltiples existencias de un mismo producto que en caso de adquisición de una sola unidad, por lo que no parece razonable que el deudor pueda aprovecharse de esa circunstancia —compraventa de una cartera de créditos— para pagar menos de lo que debe por su crédito. En consecuencia, se antoja más equitativo que si quisiese ejercitar el derecho de retracto tuviese que reembolsar al comprador el precio íntegro abonado por la cartera —que fue adquirida como un todo— o, al menos, el importe verdaderamente adeudado por el concreto crédito retraído.

5. Los compradores de las carteras —normalmente fondos— adquieren créditos con una tasa de descuento a cambio de asumir, como parte de su negocio, el riesgo y ventura de su reclamación y recuperación, aun a sabiendas de que una buena parte de los créditos cedidos serán incobrables. Estos inversores o fondos no tendrían interés en adquirir los créditos si les pudieran ser retraídos por el mismo precio que abonaron, más intereses y costas.
6. Nada impide que el mismo razonamiento que se esgrime por la jurisprudencia para justificar la inaplicación del artículo 1535 CC a las modificaciones societarias estructurales pueda servir

<sup>15</sup> AC 2015\1516.

<sup>16</sup> Algunos pueden encontrarse en <http://hayderecho.com/2014/05/07/ventas-de-hipotecas-a-fondos-buitre-y-retracto-del-deudor/>.

<sup>17</sup> ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo: «Retracto de créditos litigiosos...», *op. cit.*, pág. 18.

para las ventas de carteras de créditos efectuadas por entidades financieras, al menos en la medida en que esas operaciones se produzcan en el marco del proceso de reestructuración y reforzamiento de recursos propios en el que está inmerso nuestro sistema financiero.

Sobre el particular no se ha pronunciado hasta la fecha el Tribunal Supremo, por lo que habrá que esperar para conocer su criterio, si bien existe alguna resolución emanada de las Audiencias Provinciales que, aunque parecen plantearse esa posibilidad en abstracto, acaban estimando los recursos de los compradores de los créditos —cesionarios— y acordando la continuación de los procesos, sin que tengan que revelar a los deudores el precio abonado por la cesión del crédito. Expresivos de esta doctrina son los Autos de la AP de Valencia de 6 de julio de 2015<sup>18</sup> y de 15 de julio de 2015<sup>19</sup>.

#### b) Carácter litigioso del crédito

Según la STS 16 de diciembre de 1969<sup>20</sup>, a los efectos del artículo 1535 CC, crédito litigioso es aquel que, «*habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible; es decir el que es objeto de un «litis pendencia», o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración»*. Por tanto, desde un punto de vista técnico-jurídico, no es correcta la acepción más amplia con la que vulgarmente se identifica como «crédito litigioso» a todo aquel que es objeto de un pleito. Tampoco es litigioso el crédito que se refiere a una relación jurídica ya agotada o consumida<sup>21</sup> ni el crédito en situación de morosidad<sup>22</sup>.

El artículo 1535 CC parece estar pensando únicamente en la posibilidad de calificar como litigioso un crédito que se esté reclamando a través de un procedimiento declarativo, en el que su existencia y exigibilidad sea discutida por el demandado en su contestación a la demanda<sup>23</sup>. Es decir, al tiempo de

la cesión debe existir un proceso relativo al derecho cedido en el que el deudor haya comparecido y contestado a la demanda.

Además, no basta con cualquier contestación a la demanda, sino que, como enseña la STS de 31 de octubre de 2008, se exige «*una oposición de fondo»*. Por tanto, el retracto del artículo 1535 CC no será aplicable si el deudor solamente opone excepciones procesales, ya que no se estaría discutiendo la existencia ni la exigibilidad del crédito<sup>24</sup>. Tampoco cabría el retracto si el deudor deja transcurrir el plazo para contestar a la demanda sin comparecer o sin contestar, ya que, en recta (y restrictiva) interpretación del artículo 1535 CC, se impone la necesidad de una contestación expresa, requisito este que no se cumple en los supuestos de rebeldía procesal o de comparecencia sin contestación del deudor.

Otro caso en el que no opera el retracto es cuando, al tiempo de la cesión, el proceso sobre la existencia o exigibilidad del crédito ha terminado por sentencia firme, por desistimiento, caducidad de la instancia o transacción<sup>25</sup>.

Tampoco se aplica la norma si, cuando tiene lugar la cesión, hubiera actuaciones judiciales en curso para hacer efectivo el crédito pero aún no se hubiera contestado a la demanda, o bien el plazo de contestación hubiera expirado y el crédito estuviera en fase de ejecución forzosa (por ejemplo, con fecha de subasta fijada). Este último supuesto (proceso en fases más avanzadas de ejecución sin que el deudor haya contestado a la demanda) es el que se presenta de manera más habitual entre los *non-performing loans* cedidos.

Dicho lo cual, y una vez sentado que el CC solo contempla el retracto en procedimientos declarativos, no cabe calificar como litigiosos los créditos reclamados en procesos de ejecución forzosa de títulos judiciales o no judiciales en los que, en el momento de la cesión, esté formulada oposición del deudor, ya que, en sentido técnico-legal, en ellos el crédito no está en duda ni en disputa, sino que ha devenido cierto y exigible<sup>26</sup>. Así lo ha

18 JUR 2016\1644.

19 AC 2016\12.

20 Cendoj: 28079110011969100390.

21 Vid. STS de 28 de febrero de 1991 [RJ 1991\1606].

22 Vid. SAP Barcelona de 18 de octubre de 2004 [JUR 2004\303112].

23 Por todas, la STS de 31 de octubre de 2008 [RJ 2008\5810] dice que solo son litigiosos los créditos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (sentencias de 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904) y desde la contestación de la demanda.

24 Vid. STS de 31 de octubre de 2008 [RJ 2008\5810]. En ese mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid de 18 febrero de 2015 [AC 2015\970].

25 Un supuesto de inexistencia de crédito litigioso por transacción es el resuelto por la citada STS 16 de diciembre de 1969 [Cendoj: 28079110011969100390].

26 Según MONTÉS REIG, Luis, y MOLERO PRIETO, Rafael: «La valoración y transmisión de los «créditos litigiosos» en el concurso de acreedores», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 37,

declarado la jurisprudencia, pudiendo citar, por todas, la SAP de Almería de 5 febrero de 2010<sup>27</sup> que, a su vez, cita la STS de 8 de abril de 1904.

Prueba de que no cabe el retracto en procedimientos de ejecución de títulos no judiciales son las dos cuestiones prejudiciales planteadas por sendos juzgados de primera instancia al TJUE en torno a la conformidad del artículo 1.535 CC al Derecho comunitario. Estas cuestiones son ilustrativas de la interpretación que la jurisprudencia española viene haciendo de este precepto. Tanto es así que, al susitarlas, los propios juzgados remitentes reconocen que, conforme a la jurisprudencia nacional, el deudor sólo puede ejercer su derecho si el crédito cedido es objeto de un procedimiento declarativo (sin que el deudor pueda invocar el referido derecho en un procedimiento de ejecución del crédito), que un acreedor puede ceder su crédito a un tercero sin estar obligado a notificar la cesión al deudor ni a informar a éste del precio exacto de ésta, y que el deudor que quiere ejercitar el retracto tiene la carga de iniciar un nuevo proceso ordinario contra el cesionario en el plazo de caducidad de 9 días tras la notificación de la cesión<sup>28</sup>. Como se ha dicho, a la fecha de conclusión de este trabajo el TJUE ya ha resuelto una de esas dos cuestiones mediante Auto de 5 de julio de 2016, declarando que la Directiva comunitaria 93/13/CEE de consumidores no es aplicable al artículo 1.535 CC, lo que evidencia la procedencia de su interpretación restrictiva en los términos indicados.

Con todo, es creciente el número de deudores que pretende que los créditos ejecutados sean reputados litigiosos, especialmente en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias y a raíz de la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 1/2013, que incorporó como causa de oposición a la ejecución la existencia en el título ejecutivo de cláusulas abusivas que sirvan de fundamento para la ejecución o determinen su cuantía. Esta pretensión no se cohonestaba con lo dispuesto en el

artículo 698 LEC, que remite cualesquiera reclamaciones sobre nulidad, vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda al juicio declarativo correspondiente, y obvia, incluso, que el sobreseimiento de la ejecución (en caso de estimación de la oposición por tales cláusulas) no determina la inexistencia de la deuda.

Es más, en estas ejecuciones hipotecarias se viene constatando una defensa cada vez más extendida entre deudores empresarios y sociedades mercantiles, consistente en tratar de «fabricar» su propio crédito litigioso, oponiéndose a la ejecución con objeto de invocar su supuesto carácter litigioso para ejercitar el retracto en caso de venta a un tercero o, al menos, demorar la ejecución. El exponente de esta táctica es la gran cantidad de oposiciones planteadas por promotoras, constructoras, inmobiliarias y personas físicas con ellas relacionadas con base en la presencia de cláusulas abusivas en los préstamos que recibieron para su actividad mercantil, pese a que según la jurisprudencia su invocación está reservada solamente a los deudores que sean consumidores, condición que obviamente no ostentan.

Otra actuación que se viene extendiendo es la de que el deudor cedido anuncie su intención de ejercitar el retracto y se oponga a la sucesión procesal instada por el cesionario (normalmente, el fondo o el inversor adquirente del crédito), alegando que la cesión del crédito es abusiva y especulativa y que, tanto el cedente (habitualmente, la entidad financiera) como el cesionario, le han causado un perjuicio al haber vendido su crédito sin haberle notificado la cesión ni el precio abonado por ella. Este tipo de planteamientos no pueden acogerse, porque (i) como tienen reiteradamente declarado los tribunales, la cesión de créditos es una figura perfectamente válida, por lo que no puede reputarse como especulativa<sup>29</sup>; (ii) no existe obligación legal alguna de notificar al deudor cedido la cesión del crédito ni el precio pagado por ella; (iii) la petición de sucesión procesal responde al ejercicio de un derecho reconocido en la LEC y, por tanto, no puede ser calificada de ejercicio antisocial o abusivo al presentarse el cesionario como nuevo titular del crédito, debiendo recordarse que cuando se ejercita un derecho en los términos previstos por el legisla-

2015, págs. 14 y 16), «crédito fallido» y «crédito litigioso» son conceptos no solo distintos, sino antitéticos, ya que mientras el primero es líquido, vencido y exigible y tiene una existencia concreta en el título ejecutivo, el segundo está aún pendiente de reconocimiento pleno y determinación (es una mera expectativa de crédito) y no puede ser objeto de ejecución sin la sentencia que lo reconozca y determine.

<sup>27</sup> JUR 2010\185917.

<sup>28</sup> Las dos cuestiones prejudiciales se plantearon al TJUE mediante el AJPI n.º 38 de Barcelona de 2 de febrero de 2016 y el AJPI n.º 11 de Vigo de 11 de noviembre de 2015, respectivamente.

<sup>29</sup> Como dice la SAP de Almería de 5 de febrero de 2010 [JUR 2010\185917], «siendo además la figura de la cesión de créditos, figura legal y jurisprudencialmente admitida, resulta así evidente que no cabe reputar de maniobra especulativa dicha cesión».

dor con la finalidad de mantener una ventaja económica que este reconoce directamente no puede hablarse de vulneración del artículo 7.2 del CC<sup>30</sup>; y (iv) ningún daño se deriva para el deudor cedido de la mera cesión de su crédito litigioso, sino que tan solo nace a su favor la facultad de poder ejercitar su derecho de retracto en tiempo y forma, siempre que concurren los requisitos establecidos al efecto.

Esa y otras prácticas similares deben ser rechazadas, ya que, de aceptarse, quedaría al arbitrio de cualquier deudor convertir en litigioso su crédito mediante la formulación de una infundada contestación a la demanda u oposición a la ejecución, aun a sabiendas de que será posteriormente desestimada.

Máxime si se tiene en cuenta que, normalmente, el perfil de los deudores ejecutados (sean personas físicas o jurídicas) de estas carteras de *non-performing loans* es el de acreditados que, o bien están en situación financiera de insolvencia o lo van a estar, o bien acaban de abandonarla. Es difícil que uno de ellos, que está siendo objeto de un procedimiento de ejecución y que no ha podido pactar con el banco una refinanciación de su deuda con quitas o esperas, vaya a ser capaz de reunir en 9 días naturales el precio pagado por el comprador, más el interés legal y las costas. Por el contrario, lo plausible es que el deudor no disponga de la capacidad económica suficiente para recomprar el crédito y que la invocación del artículo 1535 CC responda en muchas ocasiones a una táctica defensiva frente a la ejecución en curso.

Para desincentivar esas prácticas, así como para encontrar un justo equilibrio de los intereses en liza, se propone como solución que, para ejercitar el retracto, no baste con que al tiempo de la cesión se discuta la existencia o exigibilidad del crédito, sino que además ese cuestionamiento sea estimado mediante resolución judicial firme. Dicho de otro modo, es preciso que el ejercicio del retracto quede sometido a la condición resolutoria del fracaso de la contestación u oposición, de tal manera que si, a título de ejemplo, el deudor pretende ejercitar su retracto sobre la base de su contestación y oposición de fondo y esta es desestimada en primera instancia, no debería poder hacerlo, salvo y hasta que su reclamación sea estimada en una instancia ul-

terior y mediante resolución judicial firme. Este razonamiento late en la citada STS 16 de diciembre de 1969<sup>31</sup>, que sostiene que el derecho de retracto se habría extinguido (en condicional, porque ni tan siquiera lo entiende nacido, por razón de una transacción anterior) con la desestimación de la demanda de nulidad del laudo interpuesta por el sedicente retrayente.

En línea con lo anterior, tampoco cabe suspender por prejudicialidad civil del artículo 43 LEC un proceso de ejecución por el mero hecho de que el deudor haya cuestionado en otro procedimiento declarativo la existencia y exigibilidad del crédito ejecutado. Así lo establece con buen criterio la SAP de Almería de 24 de marzo de 2015<sup>32</sup>, en un supuesto en el que incluso el deudor había obtenido una sentencia de primera instancia —no firme— favorable al retracto.

Por último, cabe añadir que el carácter litigioso del crédito puede resultar de un proceso penal en el que se cuestione su validez o existencia. Así lo entiende la reciente STS 20 de septiembre de 2016<sup>33</sup>.

## (ii) Ámbito subjetivo de aplicación

En este punto, deben distinguirse dos planos: el de la legitimación activa y el de la legitimación pasiva.

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 1535 CC solo hace referencia al deudor como sujeto titular del derecho de retracto de crédito litigioso. Por eso, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar al deudor como el único legitimado activamente para ejercitar el retracto. Por todas, puede citarse la STS de 28 de febrero de 1991, que niega la condición de deudor a quien no era parte en la relación obligatoria de la cual surgió el crédito<sup>34</sup>. No obstante lo anterior, al respecto deben hacerse las siguientes consideraciones.

De acuerdo con el espíritu de la norma y con su interpretación restrictiva, no parece aceptable que todos los deudores estén legitimados para su ejercicio. Solo deberían estarlo los deudores personas físicas que, respecto de determinadas cesiones de créditos, acrediten encontrarse en las situaciones de menesterosidad, desvalimiento y odiosidad que la

<sup>30</sup> *Vid.*, por todos, el AAP de Valencia de 28 octubre de 2015 [JUR 2016\150385].

<sup>31</sup> Cendoj: 28079110011969100390.

<sup>32</sup> JUR 2015\171651.

<sup>33</sup> Cendoj: 28079110012016100532. *Vid.* en la misma línea la SAP Madrid de 26 de junio de 2014 [JUR 2014\234360].

<sup>34</sup> RJ 1991\1606.

finalidad humanitaria de la norma pretende evitar. En consecuencia, debe rechazarse la legitimación activa de aquellos deudores que, como los empresarios personas físicas y las sociedades mercantiles, no reúnen esos requisitos<sup>35</sup>.

Por otro lado, cabe plantearse si sujetos distintos al deudor, como el hipotecante no deudor, el tercer poseedor y el fiador, ostentan también tal derecho. Aunque la cuestión no es del todo pacífica, son varios los argumentos que pueden esgrimirse para negar su legitimación activa.

El primero de ellos es que la literalidad del precepto es clara, y su interpretación restrictiva impide su extensión a otros sujetos no contemplados expresamente en él, pudiendo sostenerse que la condición de deudor es presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción de retracto. En este sentido, la SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006<sup>36</sup> niega la legitimación activa al tercer poseedor del bien hipotecado y al fiador por la imposibilidad de hacer una interpretación expansiva de un derecho de retracto que califica de «extraordinario».

La segunda razón para excluir su legitimación activa es que ni el hipotecante no deudor, ni el tercer poseedor, ni el fiador, son parte en la obligación principal garantizada que existe entre el acreedor y el deudor por virtud del contrato de préstamo o crédito. Consecuentemente, no son deudores del acreedor en sentido estricto.

En cuanto al hipotecante no deudor, la jurisprudencia lo define como el propietario de un inmueble que lo hipoteca para garantizar el pago de la deuda asumida por un tercero. Y todo ello con base en lo dispuesto en el artículo 1857 CC, que permite a terceros ajenos a la obligación principal asegurar esta pignorando o hipotecando sus propios bienes. Esta misma doctrina jurisprudencial establece que el hipotecante no deudor «no debe al acreedor hipotecario la prestación asegurada, ni siquiera como fiador, con independencia de que responda con el bien hipotecado por lo que constituye una deuda ajena y de que el valor del mismo pueda ser realizado a instancia del acreedor hipotecario para satisfacer su derecho, mediante el ejercicio de la acción correspondiente»<sup>37</sup>. De hecho, se afirma que «la figura tiene en común con la fianza y con la pignoración hecha a favor de

tercero, que se trata de garantías prestadas para asegurar el pago de deudas ajenas»<sup>38</sup>.

Por lo que atañe al tercer poseedor de finca hipotecada, la doctrina señala que es el propietario de una finca gravada con hipoteca (o embargo) que no es deudor de la obligación asegurada, ni tampoco hipotecante en garantía de deuda ajena, sino que, simplemente, adquiere la finca gravada con una hipoteca (o embargo) anterior, pero sin subrogarse en la deuda, de tal manera que, aunque el acreedor puede instar la enajenación del inmueble gravado para cobrar su crédito, no por ello el tercer poseedor se convierte en parte del contrato de crédito ni en parte del contrato de hipoteca<sup>39</sup>. Entre la jurisprudencia, cabe citar, por todas, la referida SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006<sup>40</sup>, que rechaza la legitimación activa del tercer poseedor para ejercitar la acción de retracto del artículo 1535 CC y la aplicación analógica del art. 1853 CC, al considerar que esta acción compete en exclusiva al deudor y es intransmisible<sup>41</sup>.

En el caso del fiador, la doctrina moderna reconoce que en torno a la fianza pueden reconocerse dos relaciones jurídicas diversas: la relación jurídica entre acreedor y deudor (obligación principal garantizada) y la relación jurídica de fianza entre fiador y acreedor (obligación *fideiusoria*), creada con función de garantía de la obligación principal, pero que es obligación diferente de aquella<sup>42</sup>. En consecuencia, el fiador no es parte en la obligación principal garantizada ni ostenta, por tanto, derecho de retracto. Existen, además, otras razones adicionales para negar su legitimación activa:

1. Según la jurisprudencia, los efectos del pago al acreedor son distintos dependiendo de si lo efectúa el deudor o el fiador (incluso aunque sea fiador solidario). Solo con el pago por el deudor (sea o no solidario) se produce la extinción de la obligación principal (deuda). Eso demuestra que el único legitimado para ejercer el retracto es el deudor, y no el fiador, porque el pago de este último nunca conlleva el efecto

38 Vid. STS de 30 de diciembre de 2015 [RJ 2015\6437].

39 Vid. CARRASCO PERERA, Ángel (dir.), CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Lecciones de Derecho Civil, Derecho de obligaciones y contratos en general*, Madrid: Tecnos, 2015, pág. 107.

40 JUR 2006\231731.

41 Vid., por todas, la SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006 [JUR 2006\231731].

42 Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Tomo II: *Las relaciones obligatorias*), Cizur Menor: Aranzadi, 2008, 6.ª ed., pág. 482.

35 Vid. ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo: «Retracto de créditos litigiosos...», *op. cit.*, pág. 5.

36 JUR 2006\231731.

37 Vid. SSTs de 30 de marzo de 2006 [RJ 2006\2131] y de 30 de diciembre de 2015 [RJ 2015\6437].

extintivo de la obligación principal que el artículo 1535 CC anuda al ejercicio del retracto del crédito litigioso. Es ilustrativa a este respecto la SAP de Castellón de 29 de noviembre de 2000<sup>43</sup>.

2. La jurisprudencia tiene declarado que el fiador solidario de operaciones mercantiles (normalmente, persona física o jurídica vinculada de algún modo con la sociedad deudora como administrador y/o socio único o mayoritario o empleado de aquella) no ostenta la condición de consumidor. Por todos, puede citarse el AAP de Madrid de 2 de junio de 2015<sup>44</sup>. Asimismo, es constante la doctrina que afirma que solo los consumidores pueden oponerse a la ejecución por cláusulas abusivas. Corolario lógico de lo anterior es que aquel fiador no estará legitimado activamente para oponerse a la ejecución por cláusulas abusivas, lo que excluye la posibilidad de que el crédito reclamado en tal proceso de ejecución pudiera ser considerado litigioso por tal oposición ni, menos aún, que el fiador pudiera ostentar un derecho de retracto sobre aquel crédito.
3. No tiene sentido que el fiador pueda ejercitar el derecho de retracto en relación con créditos hipotecarios que sean objeto de reclamación en procesos de ejecución hipotecaria, en la medida en que, tras la última reforma del artículo 685.1 LEC, se entienda que no se puede dirigir contra él la demanda de ejecución hipotecaria (sin perjuicio de que le sea notificada para que conozca su existencia) y que solo se le puede reclamar, en su caso, la cola hipotecaria o remanente de deuda no cubierto con la realización del inmueble hipotecado. Es más, cabría plantearse si no habría enriquecimiento injusto (del deudor) si el fiador pudiese ejercitar el retracto respecto de un crédito que ni siquiera se le reclama aún (ya que la ejecución hipotecaria se seguiría contra el deudor).

En cuanto a la legitimación pasiva, como se ha dicho, la jurisprudencia es unánime al señalar que la acción de retracto debe dirigirse contra el cesionario o nuevo titular del derecho de crédito cedido, sin que tenga tal legitimación pasiva el cedente. En caso de que este sea demandado (en solitario o conjuntamente con el cesiona-

rio), podrá oponer como excepción su falta de legitimación pasiva, que deberá ser atendida.

### (iii) Ámbito de aplicación temporal

El artículo 1535 CC confiere al deudor un plazo de caducidad de 9 días para el ejercicio del derecho de retracto del crédito litigioso frente al acreedor cesionario, contados desde que el cesionario le reclame el pago. Se trata de un plazo civil, de suerte que en su cómputo no se excluyen los días inhábiles, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.2 CC<sup>45</sup> (SAP de Valladolid de 7 de junio de 2016 [JUR 2016, 173436]), y de caducidad, por lo que solo el verdadero ejercicio de la acción en el juicio correspondiente impide el efecto preclusivo de su fatal fenecimiento<sup>46</sup>. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, como declara la SAP de La Rioja de 19 de enero de 2010 [JUR 2010, 105906], la solicitud de diligencias preliminares encaminada a conocer determinados aspectos de la cesión (como el precio) no es susceptible de interrumpir el plazo de caducidad, ya que nada obsta para que el deudor interponga directamente y en plazo la demanda de procedimiento ordinario de retracto conforme a los requisitos del artículo 266.2.º LEC.

Sin embargo, la jurisprudencia no es uniforme en cuanto al *dies a quo* para el cómputo del indicado plazo, especialmente cuando la cesión del crédito se produce cuando este está siendo reclamado en un proceso de ejecución (de título judicial o no judicial). Según las distintas posiciones, el plazo se computa:

1. Desde que el deudor recibe, mediante el acto del traslado de copias entre procuradores, el escrito de personación del cesionario. Exponente de esta corriente es la SAP de Madrid de 26 de noviembre de 2013<sup>47</sup>. En sentido similar se pronuncia el AAP de Madrid de 26 de junio de 2006<sup>48</sup>, que, en el marco de un procedimiento declarativo, sostiene que el plazo se inicia desde la personación del cesionario en el litigio pendiente solicitando que se le tenga por parte legítima.

<sup>45</sup> Así lo establece la SAP de Valladolid de 7 de junio de 2016 [JUR 2016\173436].

<sup>46</sup> Pueden citarse, por todas, las SSTs de 25 de septiembre de 1950 [RJ 1950\1406], 24 de noviembre de 1953 [RJ 1953\3138], 30 de mayo de 1969 [RJ 1969\2986] y 7 de mayo de 1981 [RJ 1981\1984].

<sup>47</sup> JUR 2014\63563.

<sup>48</sup> JUR 2007\18003.

<sup>43</sup> JUR 2001\159901.

<sup>44</sup> JUR 2015\181950.

2. Con la notificación de la resolución judicial por la que se da traslado al deudor del escrito presentado por el cesionario en el que solicita que se le tenga por sucedido en la posición procesal del acreedor cedente. Esta tesis la propugna la SAP de Almería de 5 de febrero de 2010<sup>49</sup>.
3. Desde la notificación al deudor de la resolución judicial por la que se acuerda la sucesión procesal y se considera al cesionario como parte ejecutante. En este sentido se manifiesta la SAP de Madrid de 26 de junio de 2014<sup>50</sup>.
4. Desde el primer emplazamiento, a falta de constancia de notificación de la transmisión de la deuda. Así lo indica la SAP de Córdoba de 16 de marzo de 2015<sup>51</sup>, que rechaza por extemporáneo el retracto ejercitado en la audiencia previa de un procedimiento declarativo procedente de otro procedimiento monitorio (en el que se produjo el primer emplazamiento al deudor), no siendo óbice que el deudor desconociera los términos exactos de la cesión.

Dada la interpretación restrictiva que debe hacerse del artículo 1535 CC, parece razonable (i) que, en aquellos casos en los que el crédito esté siendo reclamado en el marco de un procedimiento judicial iniciado en su día por el cedente, el plazo comience a partir del traslado entre procuradores del escrito por el que el cesionario comparece en autos y solicita la sucesión procesal, en tanto que tal actuación supone un acto inequívoco de reclamación del crédito cedido, y (ii) que, en el resto de casos, el plazo se inicie desde el primer emplazamiento al deudor, por ser la primera noticia que este tiene de la cesión. No obstante, si el deudor tuviese conocimiento extrajudicial previo de la cesión del crédito (por ejemplo, merced a la carta en la que se le comunica la cesión, conocida en el argot como *hello letter*), el plazo se computaría desde que supo de ella.

#### 2.4 · Cauce procesal para el ejercicio del derecho de retracto del artículo 1535 CC

La vigente LEC ha derogado el juicio especial de retracto previsto en la anterior LEC de 1881 (artículos 1618 a 1630) y establece, en su lugar, que el

ejercicio de toda acción de retracto debe sustentarse conforme a los trámites del procedimiento declarativo ordinario (artículo 249.1.7.º). A la demanda deberán acompañarse los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funde la pretensión de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, fuere conocido, el precio del objeto de retracto o haberse constituida caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere (artículo 266.2.º LEC).

Queda claro, por tanto, que el derecho de retracto de crédito litigioso solo se puede hacer valer mediante el ejercicio de una acción distinta y autónoma a través del correspondiente juicio declarativo ordinario, tal y como señala la STS de 29 de abril de 2009<sup>52</sup>, que afirma que *«la acción judicial que pone en movimiento el derecho de retracto solo se materializa a través de la presentación de una demanda que formula el titular del derecho ante el órgano jurisdiccional»*.

Tanto es así que los juzgados y tribunales vienen declarando la imposibilidad de ejercitar este retracto en procedimientos de ejecución (SAP de Almería de 5 de febrero de 2010<sup>53</sup>). Tampoco el trámite de sucesión procesal es el cauce correcto, y ello con independencia de que ese trámite se sustancie conforme a los artículos 17 LEC (previsto en sede general para todo tipo de procesos) o 540 LEC (específico para procesos de ejecución). Como advierte la citada SAP de Almería de 5 febrero de 2010, la eventual oposición del demandado o ejecutado a la sucesión del cesionario en la posición procesal del cedente no convierte al crédito en litigioso, ya que en el trámite de sucesión procesal solo se ventila una cuestión procesal, como la sucesión de partes litigantes, y no se dirimen cuestiones sustantivas, como el retracto, para cuyo ejercicio —como se ha dicho— se requiere una acción diferente y autónoma.

En ese sentido, no es admisible la práctica de algunos juzgados de primera instancia que, en procesos de ejecución, aprovechan el trámite de sucesión

49 JUR 2010\185917.

50 JUR 2014\234360.

51 JUR 2015\139388.

52 RJ 2009, 2903. En el mismo sentido, la SAP de Valencia de 21 septiembre de 2015 [JUR 2016\19337] dice que *«la posibilidad de plantear retracto de crédito litigioso, si esa era la finalidad última que le lleva a interesar la información necesaria para ello, conformaba una acción distinta y autónoma que en su caso debió ejercitar el demandado frente al transmitente y adquirente del crédito»*.

53 JUR 2010, 185917.

procesal —instado por el cesionario del crédito a fin de que se le tenga como parte ejecutante en lugar del cedente— para requerir de oficio al cesionario a fin de que, a los efectos del artículo 1535 CC, informe del precio abonado por la compra del crédito dando incluso, posteriormente, trámite de alegaciones al ejecutado. Tal y como declara el AAP de Valencia de 28 octubre de 2015<sup>54</sup>, este requerimiento excede claramente de las facultades del juzgador y del limitado objeto del trámite de sucesión procesal, en cuyo marco el juzgado solo puede acordarla o rechazarla (en cuyo caso el proceso continuará con el cedente como ejecutante, sin que proceda su archivo bajo ningún concepto), en función de si el cesionario (único facultado para pedir la sucesión) justifica o no debidamente la transmisión del crédito. Es más, conforme a la redacción vigente del artículo 540 LEC, bastará para que se acuerde automáticamente la sucesión procesal con que el cesionario aporte documentación fehaciente justificativa de la transmisión y adquisición del crédito.

## 2.5 · Consignación o constitución de caución

Es cuestión controvertida la de si la consignación o constitución de caución a la que se refiere el artículo 266.2.º LEC (que se **supedita, en el supuesto en que fuere conocido el precio de la cosa objeto de retracto, a que se exija por Ley o por contrato**) es un requisito de procedibilidad para la admisión a trámite de la demanda de retracto del crédito litigioso.

Dado el carácter restrictivo de la figura del retracto, parece razonable exigir tal consignación, aunque solo sea, como dice la SAP de La Rioja de 19 de enero de 2010<sup>55</sup>, para impedir el planteamiento y la sustanciación del juicio de retracto por quienes carezcan de la capacidad económica suficiente para pagar el precio y subrogarse o colocarse en la posición que ostenta el cesionario. En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Madrid de 7 de octubre de 2002<sup>56</sup>, que no solo extiende la obligación de consignación al precio de la transmisión, sino también a los intereses legales del precio a abonar por el retrayente.

Con todo, algunos juzgados hacen una interpretación más flexible y atemperada del precepto, no

concibiendo la consignación ni la caución como requisito de admisibilidad de la demanda, lo que parece cuestionable por las razones apuntadas.

## 2.6 · Breve referencia al régimen especial del retracto de crédito litigioso en el derecho foral navarro y catalán

La Ley 511<sup>57</sup> de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (también llamada Fuero Nuevo de Navarra) contempla un singular derecho de retracto, distinto del previsto en el artículo 1535 CC.

En general, la norma navarra establece un régimen más expansivo, en la medida en que (i) no se restringe la facultad del deudor cedido a los créditos litigiosos, sino que se extiende a toda cesión de créditos, y (ii) no existen plazos de caducidad para su ejercicio.

Con todo, es importante subrayar que, según la doctrina<sup>58</sup> y la jurisprudencia, el retracto de la Ley 511 del Fuero Nuevo es inaplicable a la cesión de créditos mercantiles, por lo que no opera en las ventas de carteras de créditos realizadas por entidades financieras (ya que sus préstamos se reputan siempre mercantiles). En este sentido pueden citarse, por todas, las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona de 10 de marzo de 1983 y 4 de febrero de 1987, que enseñan que «el Fuero Nuevo se *constríne al campo estricto del derecho civil, según la ley 1ª, no existiendo, por tanto, ninguna especialidad en material mercantil*».

En la misma línea, la SAP de Navarra de 30 de enero de 2009 excluye la aplicación de la Ley 511 del Fuero Nuevo a la cesión de créditos mercantiles, porque (i) esta debe regirse por su regulación específica contenida en los artículos 347 y 348 **Código de Comercio**, que no prevé retracto alguno, y (ii) como señala STS de 16 de febrero de 1987 y un sector autorizado de la doctrina, resultaría perturbador admitir en una disciplina uniforme como el Derecho mercantil particularidades que afectarían inevitablemente a las «*bases de las obligaciones con-*

54 JUR 2016, 150385.

55 JUR 2010\105906.

56 JUR 2003\23315.

57 La Ley 511 del Fuero Nuevo dice: «El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor, pero cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito».

58 NANCLARES VALLE, Javier: «El cambio de acreedor en Derecho navarro», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 31, enero-junio 2001, pág. 69.

*tractuales*», apareciendo patente la aspiración hacia la unidad de mercado.

Por su parte, en Cataluña, la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, establece, en su disposición adicional, un régimen especial de cesión de créditos garantizados con la vivienda, en virtud del cual el deudor queda liberado de la deuda abonando al cesionario el precio que haya pagado más los intereses legales y gastos que le ha causado la reclamación de la deuda.

Más allá de las dudas que plantea esta norma, especialmente en lo relativo a su ámbito de aplicación subjetivo (no especifica los requisitos que deben reunir el cedente y el cesionario), objetivo (no determina qué cesiones pueden ser objeto de la norma ni las características que debe tener el inmueble dado en garantía) y temporal (no establece plazo para el ejercicio del retracto), lo cierto es que su aplicación ha quedado en suspenso, como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 24/2015 por el Gobierno Central y admitido a trámite por el Tribunal Constitucional, por lo que no nos detendremos en su análisis.

### **3 · LAS PRINCIPALES DIFICULTADES QUE PLANTEA EL CRÉDITO TITULIZADO EN UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN**

#### **3.1 · Concepto de titulización y marco jurídico**

La titulización es un mecanismo de financiación que se realiza transformando activos financieros poco líquidos en instrumentos negociables, líquidos y con unos mecanismos de pago determinados. Son procesos que, aunque pueden ser llevados a cabo por cualquier empresa, generalmente son desarrollados por entidades financieras. Actualmente, pueden titulizarse cualquier género de derechos de crédito, con o sin garantía, presentes o futuros.

Sin ánimo de entrar en un estudio profundo de la institución, puede decirse que el proceso pasa por la selección de un conjunto de activos financieros de características homogéneas que están integrados en el balance de una entidad de crédito, que actúa como entidad originadora. Sobre estos activos, la entidad originadora emite títulos —llamados, según los casos, bonos, participaciones o certifica-

dos de transmisión hipotecaria—, que son adquiridos por el fondo de titulización creado para la operación. El fondo emite los valores negociables y los coloca entre inversores. Los fondos de titulización son patrimonios cerrados sin personalidad jurídica propia, que son administrados por sociedades gestoras. Los títulos hipotecarios son adquiridos con el dinero que los inversores pagan por los valores negociables que emite el fondo y, a su vez, estos inversores son retribuidos con los flujos de dinero procedentes de la amortización e intereses de los derechos de crédito titulizados, una vez abonadas las comisiones correspondientes. Así entendidos, las entidades de crédito utilizan estos procesos como mecanismo de financiación y de transferencia del riesgo asociado a la titularidad de los activos financieros.

En nuestro ordenamiento, las normas generales que desarrollan y regulan el mercado hipotecario son la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, y el Real Decreto 685/1992, de 17 de marzo, que la desarrolla. La regulación de la titulización vino de mano de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria que reguló la titulización de aquellos préstamos hipotecarios que reuniesen las características establecidas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario.

La nueva disposición concibió los fondos de titulización como agrupaciones de participaciones hipotecarias que, con una configuración jurídica y financiera distinta a la de los fondos de inversión mobiliaria, transformarían en valores de renta fija homogéneos, estandarizados y, por consiguiente, susceptibles de negociación en mercados de valores organizados, los conjuntos de participaciones en préstamos hipotecarios que adquieran de entidades de crédito. Según la exposición de motivos de la Ley la norma buscaba movilizar los préstamos hipotecarios para estimular la competencia entre las entidades de crédito, y abaratar así los préstamos para la adquisición de viviendas.

Ante la necesidad de extender el régimen a otros derechos de crédito, la Ley 3/1994, de 14 de abril, de Adaptación de la Legislación Española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y otras Modificaciones relativas al Sistema Financiero, habilitó al Gobierno para dictar la normativa que permitiría extender la titulización a otros préstamos y derechos de crédito, incluidos los derivados de operaciones de *lea-*

ing y los relacionados con las actividades de las pequeñas y medianas empresas. Estos fondos recibirían la denominación de fondos de titulización de activos.

El Gobierno aprobó entonces el Real Decreto 926/1994, de 14 de mayo, de regulación de los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización. El artículo 1 de esta disposición definió los fondos de titulización de activos como patrimonios separados sin personalidad jurídica, integrados en su activo por activos financieros y otros derechos que agrupen, y en el pasivo por los valores de renta vida que emitan y por los préstamos concedidos por las entidades de crédito.

Los nuevos fondos se utilizaron también para la titulización de aquellos préstamos hipotecarios que no reunían las características necesarias para ser titulizados a través de los fondos de titulización hipotecaria. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, reguló los certificados de transmisión hipotecaria para la movilización de estos créditos hipotecarios no susceptibles de titulización a través de los fondos de titulización hipotecaria.

La Ley 5/2015, de 27 de abril, derogó las normas anteriores, para incluir una nueva regulación de los fondos de titulización, en la que desaparece la distinción entre los fondos de titulización hipotecaria y fondos de titulización de activos para regular una única categoría de fondos de titulización que podrán integrar en su activo, entre otros, tanto participaciones hipotecarias como certificados de transmisión hipotecaria. No obstante, los fondos de titulización hipotecaria y los fondos de titulización de activos constituidos con anterioridad a esta nueva disposición continúan rigiéndose por la normativa anterior. Asimismo, esta nueva disposición no derogó ni modificó la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario, ni tampoco las disposiciones de Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, de desarrollo.

### 3.2 · La legitimación activa de la entidad originadora y la cesión de remate al fondo de titulización

Centrándonos en los obstáculos que se plantean en el plano procesal a la hora de ejecutar un crédito titulizado, debe decirse que esas dificultades surgen principalmente por el esquema fiduciario que rige

en el funcionamiento del fondo de titulización. El fondo carece de personalidad jurídica y es administrado por una sociedad gestora. A su vez, en línea con la cesión atípica<sup>59</sup> que implica la titulización, la custodia y administración de los créditos y préstamos titulizados seguirá correspondiendo a la entidad de crédito originadora, que está obligada a realizar cuantos actos resulten necesarios para su efectividad y buen fin.

En consonancia con las obligaciones que ostenta, la legislación reconoce a la entidad de crédito originadora legitimación para interponer la acción ejecutiva contra el deudor en caso de impago del crédito titulizado. Así resulta del artículo 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, que dice que *«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 esa 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 el 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, cuanto este fuera inferior. El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución»*.

Ampliando esa previsión, el artículo 31 del Reglamento de desarrollo dispone que cuando el incumplimiento del crédito titulizado fuese consecuencia de la falta de pago por el deudor, el fondo tendrá las siguientes opciones: (i) compeler a la entidad emisora para que inicie la ejecución hipotecaria; (ii) concurrir al proceso de ejecución en igualdad de derechos con el emisor, *«personándose a tal efecto en cualquier procedimiento de ejecución instado por aquel, y participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado (...)*; (iii) si la entidad emisora no inicia el proce-

<sup>59</sup> Se utiliza el término «cesión atípica» con la finalidad de evitar el análisis más profundo sobre si la titulización supone, o no, una cesión total o parcial, del crédito titulizado, o de su resultado económico. En puridad, en el ámbito de la titulización, el legislador no ha querido utilizar el contrato de cesión como mecanismo de transferencia del crédito, sino que vehiculiza la operación a través de un título intermedio, las participaciones hipotecarias o los certificados de transmisión hipotecaria. Precisamente por ello, en el ámbito registral, cuando se trata de la titulización de un crédito hipotecario, la entidad bancaria originadora sigue apareciendo como titular de la garantía hipotecaria.

dimiento judicial a los 60 días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento de pago de la deuda, podrá ejercitar «por subrogación» la acción ejecutiva tanto por principal como por intereses; y (iv) en caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, podrá subrogarse en la posición de la entidad y continuar el procedimiento.

El artículo 15 de la Ley 2/1981 y el artículo 31 del Reglamento de desarrollo son aplicables a los casos en los que los préstamos hipotecarios han sido movilizados a través de certificados de transmisión hipotecaria por virtud del correspondiente reenvío normativo (disposición adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley 3/1994 y disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 5/2015).

Por consiguiente, de acuerdo con la regulación vista, en caso de impago del crédito o préstamo titulado, la legitimación para el ejercicio de la acción ejecutiva corresponde a la entidad emisora. La legitimación que corresponde al fondo es una legitimación subsidiaria por subrogación para el caso de concurrencia de los presupuestos vistos.

Esta es una realidad que, sin embargo, no siempre resulta bien entendida en el procedimiento de ejecución en el que las dificultades suelen surgir en dos momentos diferentes: (i) cuando la parte ejecutada plantea oposición a la ejecución, apuntando la falta de legitimación activa de la entidad emisora por virtud de esa cesión atípica que implica el proceso de titulación, o (ii) cuando el proceso de ejecución finaliza con la adjudicación del inmueble a la entidad emisora y se utiliza entonces el mecanismo de la cesión de remate para que el fondo se adjudique definitivamente el inmueble. Y es que, de no hacerse así, si la transferencia del inmueble se realiza finalizado el procedimiento de ejecución, podría considerarse que existe una doble transmisión<sup>60</sup>, del ejecutado a la entidad originadora y de la entidad originadora al fondo, con sus correspondientes consecuencias fiscales.

La utilización del mecanismo de la cesión de remate con la finalidad expuesta tropieza con la disposición del artículo 647.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, con una redacción complicada, señala que «la cesión se verificará mediante comparencia

ante el Secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago o consignación del precio del remate, que deberá hacerse constar documentalmente. Igual facultad corresponderá al ejecutante si solicitase, en los casos previstos, la adjudicación del bien o bienes subastados». Con fundamento en ese artículo se ha entendido que la cesión de remate exige la acreditación documental ante el secretario del Juzgado —hoy letrado de la Administración de Justicia— de que el cesionario ha abonado el precio por la cesión del remate al cedente. Repárese, no obstante, en que el artículo se refiere al «precio de remate» y no al «precio por la cesión del remate», que no es lo mismo, y es que la cesión de remate puede ser posible tanto en el caso de adjudicación a un tercero por efecto de la subasta —en que existe precio de remate— como en el caso de adjudicación al ejecutante —en que no existe precio de remate, sino cantidad debida por efecto del impago—. Se ha dicho también —aunque la cuestión resulta también harto discutible— que el precio por la cesión de remate debe coincidir con el precio del remate o con el importe por el que el ejecutante se adjudica el inmueble. Se desconoce exactamente la *ratio legis* de esta exigencia de acreditación documental que se incorporó a la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2009 como consecuencia de la amplia reforma que experimentó la Ley procesal en aquel año por razón, fundamentalmente, de las nuevas competencias que se asignaron al entonces llamado secretario judicial. Se apunta que pudiera tratarse de motivos fiscales. Ahora bien, sea como fuere, lo cierto es que, desde entonces, es exigencia general del instituto de la cesión de remate esa acreditación documental.

Ocurre que, cuando se trata de un crédito titulado, la cesión de remate es el mecanismo que utilizan la entidad originadora y el fondo de titulación para deshacer la fiducia que implica el proceso de titulación. El precio de esa cesión de remate debe considerarse embebido en el pago que realizó en su día el fondo de titulación por las participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria que adquirió al tiempo de su constitución. Sin embargo, cuando se ha hecho valer esta realidad ante el letrado de la Administración de Justicia para formalizar la cesión, se ha planteado en el proceso la cuestión relativa a la legitimación activa de la entidad de crédito originadora para el ejercicio de la acción ejecutiva, llegándose a dictar alguna resolución que ha negado esa legitimación decretando la nulidad del procedimiento hipotecario.

<sup>60</sup> Nunca debería ser así, porque cualquiera que fuese el negocio jurídico que se utilizase a este efecto sería un negocio jurídico destinado a poner fin a la situación fiduciaria que se genera con la titulación.

Se han dictado también algunas resoluciones con doctrinas más exóticas —si se nos admite el término—, como la que resulta del auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015, que, entendiendo que la titulación determina una cesión del crédito titulado, mantiene que la legitimación de la entidad crediticia es un caso de legitimación extraordinaria que deriva de una expresa previsión legal y no de la titularidad de la relación jurídica controvertida, para sostener que, en consecuencia, la entidad de crédito tendría legitimación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no en el proceso de ejecución ordinaria que siguiese al anterior en caso de que no se lograra la satisfacción íntegra del crédito. Entre las doctrinas exóticas también puede citarse la que resulta del Auto 67/2016, de 13 de abril de 2016, que, entendiendo que la titulación implica la cesión del crédito titulado, y sobre la base de que en el supuesto contemplado la entidad originadora no se había reservado ninguna participación sobre los créditos titulizados, mantiene que no resulta aplicable la previsión del artículo 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, y que en consecuencia la entidad originadora carece de legitimación para instar el procedimiento de ejecución.

Cierto es que, cuando la cuestión se ha reproducido en apelación ante las Audiencias Provinciales, se ha impuesto la cordura y la generalidad de las Audiencias han venido a afirmar la legitimación activa de la entidad de crédito y la posibilidad de ceder el remate al fondo como mecanismo para la transferencia formal del inmueble. Destaca, entre otras resoluciones, el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, núm. 127/2015, de 9 de diciembre de 2015, que revocó la resolución dictada en 1.ª Instancia para autorizar la cesión de remate al fondo, sobre la base de que *«la titularidad del préstamo y de la garantía hipotecaria que le es accesoria, lo es en todo momento del banco ejecutante, y no del referido fondo de titulación. No existe ni se ha producido una cesión del crédito litigioso en los términos estrictos que prevé el artículo 1526 C y ss Civil y para cuya plena efectividad además hubiera sido necesario el otorgamiento de una escritura pública e inscripción registral (ar. 1280.1 y 6 C. Civil, art. 149 LH); sino una figura distinta, conocida como de participación en los términos que prevé y regula la ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, la cual en su artículo 15 y en alusión a las entidades de crédito dispone literalmente “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”.* Se reconoce en este mismo artículo que corresponde al acreedor hipotecario, es decir a la entidad financiera, la legitimación activa para instar la ejecución del crédito hipotecario (...). En idéntico sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Algeciras, núm. 45/2015, de 23 de marzo de 2015, que, además, justifica que no es necesario que en el otorgamiento de la cesión de remate se haga constar la cantidad por la que se realiza la cesión ni que este precio coincida con el valor de la deuda que se extinguió por efecto de la adjudicación, haciendo ver, además, que el artículo 647.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al precio del remate y no al precio de la cesión de remate.

No obstante, no parece deseable que en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria la aprobación de la cesión de remate como mecanismo de transferencia, al menos registral, del inmueble de la entidad de crédito al fondo de titulación dependa de la resolución de un recurso de apelación por una Audiencia Provincial. Como es sabido, como consecuencia de la elevada carga de trabajo que soportan los órganos judiciales, la resolución de un recurso de esa naturaleza puede consumir meses y superar, incluso, el año.

No obstante, no todo son malas noticias. Puede apreciarse que empiezan a sentarse criterios ciertos a propósito del procedimiento de ejecución de créditos titulizados. En esta línea, merece especial mención el auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 26 de Barcelona de 7 de junio de 2016, que, después de un certero análisis sobre la naturaleza de los fondos de titulación y la legislación aplicable, concluye que la cesión del remate al fondo de titulación *«tendría como finalidad cumplir con las obligaciones del banco emisor que conservó una titularidad “residual” sobre el crédito hipotecario, integrado por las facultades de “custodia” y “administración” y la obligación de hacer todo lo necesario para el “buen fin” de dicho crédito. Esto supone que esa titularidad residual es una suerte de «titularidad fiduciaria» sometida el régimen especial previsto en la LMH y RMH, que en caso de que dé lugar a una ejecución sin postor y con adjudicación al ejecutante, implica la obligación de trasladar formalmente la titularidad sobre el bien ejecutado al Fondo titular de las participaciones. Sería la traducción de la previsión del art. 31 RMH para el caso de ejecución con postor y precio de remate, en cuyo caso el Fondo tiene derecho a “participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado”.* Este derecho de “participación

*pación” debe reconocerse igualmente cuando la subasta queda desierta y se adjudica la finca al ejecutante. Por tanto, la «cesión de remate» debería hacerse a título de cumplimiento de las obligaciones del banco acreedor/emisor como fiduciario del crédito hipotecario».*

En esta línea, el pasado 15 de julio de 2016, los Jueces de Primera Instancia de Barcelona mantuvieron una reunión para unificar criterios en este ámbito en la que sentaron los criterios siguientes, fijados por mayoría:

(i) En caso de emisión de participaciones hipotecarias y de certificados de transmisión hipotecaria, la entidad de crédito originadora ostenta legitimación para iniciar el procedimiento de ejecución con independencia de que se haya participado total o parcialmente el crédito hipotecario, *«pues sigue ostentando por ley su condición de acreedor hipotecario»*. El titular de la participación ostenta legitimación extraordinaria, subsidiaria y por subrogación cuando la entidad de crédito no pague por impago del deudor primario, y requerida por el fondo no inicie la acción ejecutiva, o bien en caso de paralización del proceso. Estas reglas son aplicables también al proceso de ejecución ordinario que pueda seguir al procedimiento de ejecución hipotecaria, ya que lo contrario *«supondría un desdoblamiento de la naturaleza y régimen jurídico de las*

*participaciones hipotecarias y/o los certificados de transmisión hipotecaria en función del procedimiento de ejecución elegido»*.

(ii) Se ajusta a Derecho la cesión de remate de la entidad de crédito originadora, que actúa como ejecutante en el proceso y se adjudica formalmente el inmueble, al fondo de titulación, siendo esta la forma en la que *«el Banco cumple con su obligación fiduciaria»*.

#### 4 · CONCLUSIÓN

La complejidad de las cuestiones analizadas en el presente artículo pone de manifiesto la necesidad de que, cuando se aborden negocios jurídicos de ventas de carteras de crédito o procesos de titulación de activos financieros, no se pierdan de vista las eventuales implicaciones procesales de estas operaciones, que requieren una estrecha colaboración entre abogados mercantilistas y procesalistas.

Una adecuada planificación de las cuestiones procesales que rodean a estas figuras y un conocimiento profundo de su aplicación práctica pueden ahorrar muchos quebraderos de cabeza y tiempo a los operadores e inversores que participan en este tipo de negocios.