



Roj: **AAP CS 487/2017 - ECLI: ES:APCS:2017:487A**

Id Cendoj: **12040370032017200073**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **3**

Fecha: **19/10/2017**

Nº de Recurso: **298/2017**

Nº de Resolución: **252/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL MARCO COS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 298 de 2017

Juzgado de 1ª Instancia número 9 de Castellón

Juicio Oposición Ejecución Hipotecaria número 26 de 2016

AUTO NÚM. 252 de 2017

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don JOSÉ MANUEL MARCO COS

Magistrados:

Don ENRIQUE EMILIO VIVES REUS

Dña. ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

Don RAFAEL GIMÉNEZ RAMÓN

En la Ciudad de Castellón, a diecinueve de octubre de dos mil diecisiete.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra el Auto dictado el día veinticuatro de enero de dos mil diecisiete por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 9 de Castellón en los autos de Juicio Oposición Ejecución Hipotecaria seguidos en dicho Juzgado con el número 26 de 2016.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Cajas Rurales Unidas Sociedad Cooperativa de Crédito, representado/a por el/a Procurador/a D/ª. Julia Domingo Hernanz y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Patricia Navarro Montes, y como apelados, Don Torcuato y Doña Esperanza, representado/a por el/a Procurador/a D/ª. María de las Mercedes González Rodríguez y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. María Lourdes Boix Diez.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don JOSÉ MANUEL MARCO COS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte Dispositiva del Auto apelado literalmente establece: "1.- SE ESTIMA LA OPOSICIÓN POR DEFECTOS PROCESALES, formulada por el Procurador doña MERCEDES GONZÁLEZ RODRÍGUEZ en



nombre y representación de Torcuato y Esperanza a la ejecución instada por el Procurador doña JULIA DOMINGO HERNANZ, en nombre y representación de CAJAS RURALES UNIDAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO.-2.- Se sobresee el presente procedimiento.-3.- Se imponen a la parte ejecutante las costas causadas en la oposición por motivos procesales.- ”.

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de Cajas Rurales Unidas Sociedad Cooperativa de Crédito, se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte Auto estimando íntegramente el recurso de apelación, dejando sin efecto alguno el Auto recurrido.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando se dicte Auto confirmando el dictado en primera instancia, con imposición de costas a la parte apelante. Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, que tras tener entrada en el Registro General el día 5 de abril de 2017 correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 8 de mayo de 2017 se formó el presente Rollo y se designó Magistrado Ponente, y por cuando correspondió se dictó Providencia señalando para la deliberación y votación del recurso el día 27 de septiembre de 2017. El día 11 de octubre de 2017, no habiéndose dictado resuelto el recurso, se acordó por providencia y al amparo del art 197 LOPJ , llamar a deliberar a los cuatro Magistrados de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, fijándose para ello el día 18 de octubre de 2017, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cajas Rurales Unidas Sociedad Cooperativa de Crédito presentó demanda de ejecución hipotecaria contra Don Torcuato y Doña Esperanza , pidiendo el pago de un principal de 142.769,85 euros, más intereses y costas. Basaba su pretensión en el título constituido por la primera copia con eficacia ejecutiva del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que el día 19 de julio de 2007 otorgaron en escritura pública Caja Rural del Mediterráneo Ruralcaja Soc. Cooperativa de Crédito (de la que trae causa la ejecutante) y los ahora demandados y en el incumplimiento por éstos de sus obligaciones de pago. El día 18 de abril de 2013 se otorgó escritura de ampliación y modificación que no incide en las cuestiones objeto de esta resolución.

Previa la tramitación del incidente previo sobre la posible abusividad de cláusulas, resuelto por Auto de 3 de junio de 2016, que declaró la nulidad por abusiva de la cláusula Sexta sobre intereses moratorios, la entidad ejecutante presentó nueva liquidación ajustada a lo acordado en dicha resolución.

El día 9 de septiembre de 2016 dictó el juzgado de procedencia Auto despachando ejecución por 142.747,67 euros de principal.

En tiempo y forma los ejecutados formularon oposición. Basaban el primer motivo de la misma en la falta de legitimación activa de la entidad ejecutante, generada por la cesión del crédito a otra mercantil, como es Europea de Titulización SA.

La juez de primer grado ha dictado Auto estimando dicho motivo de oposición y acordando el sobreseimiento del proceso.

Contra dicha resolución interpone recurso de apelación la parte ejecutante, que pide que se revoque y deje la misma sin efecto, a lo que se oponen los ejecutados, solicitando la confirmación de la resolución de primer grado.

Este tribunal resuelve en apelación el recurso mediante el que la entidad ejecutante se alza contra la resolución de instancia que acuerda el sobreseimiento del proceso por falta de legitimación activa, porque así lo prevé expresamente el art. 695.4 de la ley procesal civil , desde la modificación operada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre (BOE 6 de septiembre. Convalidación por Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de septiembre de 2014, BOE 2 de octubre). Con arreglo a la redacción del art. 695.4 LEC resultante de la modificación legal, *"C ontra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten"* . Esta modificación fue consecuencia de la Sentencia dictada por el Tribunal de Luxemburgo el día 17 de julio de 2014 (asunto Sánchez Morcillo), al resolver la cuestión prejudicial planteada por esta Sección Tercera de la AP de Castellón.



Entendiendo la Sala que la nueva regulación podría ser insuficiente, en la medida en que permitía a la parte ejecutante apelar por más motivos que a la ejecutada, por Auto de 21 de noviembre de 2014 planteó nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la compatibilidad de dicho artículo con la normativa comunitaria, concretamente con la Directiva 93/13/CEE de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y se acordó la suspensión del procedimiento. Y el Auto dictado por el Tribunal de Luxemburgo el día 16 de julio de 2015 en el asunto C-539/14 , declaró que la norma nacional cuestionada no se opone al derecho comunitario.

Por lo tanto, en el proceso de ejecución hipotecaria puede ser resuelta en apelación la cuestión sobre la legitimación activa cuando la plantea la parte ejecutante por haber sido apreciada su falta en la instancia. No, en cambio, si en el primer grado de la jurisdicción se desestima la oposición a la ejecución fundada en dicho motivo, ya que el ejecutado tiene acceso a la segunda instancia solamente si se basa en la no apreciación del carácter abusivo de alguna cláusula.

SEGUNDO.- Partimos del hecho, indiscutido y acreditado mediante la prueba consistente en el documento grabado en formato pdf en el CD aportado por la parte ejecutada y oponente a la oposición, de que el préstamo hipotecario de cuya ejecución se trata fue titulado y transmitido al Fondo Rural Hipotecario X Fondos de Titulización de Activos, que representa la Sociedad Gestora Europea de Titulización.

Con esta base, entiende la juez de instancia que la prestamista Cajas Rurales Unidas Sociedad Cooperativa de Crédito no está legitimada para promover la ejecución hipotecaria.

En el único motivo del recurso denuncia la parte apelante vulneración del Real Decreto núm. 716/2009. Esta norma, de desarrollo de determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (LMH) establece en su art. 30.1 que la ejecución hipotecaria del préstamo o crédito hipotecario participado, corresponde " a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31 (legitimación subsidiaria)." Este artículo 31 prevé que, ante el incumplimiento del deudor, el titular de las participaciones podrá compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución. Hipotecaria.

A esta cita suma la parte el artículo 10 de la LEC cuando, tras decir que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, exceptúa el caso en que " *por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.* "

Invoca también la que, con cierta exageración denomina " *doctrina jurisprudencial* ", que refiere al Auto de la AP Madrid, sección 18, de 28 enero de 2015 , pese a que tal nombre de jurisprudencia se reduce a los criterios reiterados que como fundamento de la decisión mantiene el Tribunal Supremo y tienen carácter complementador del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), por más que las resoluciones de los tribunales de segunda instancia vengán conociéndose con la imprecisa denominación de " *jurisprudencia menor* " .

Viene a sostener que la titulización de la hipoteca que se ejecuta en este procedimiento no obsta a la legitimación activa de Cajas Rurales Unidas, prestamista en su día y titular registral de la garantía hipotecaria y por ello facultada para instar la ejecución.

TERCERO.- Procedemos al examen del recurso y con ello a la verificación de si la prestamista y cedente del crédito a favor de un fondo de titulización está legitimada para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria.

A) Disciplina legal de la titulización

La titulización, también conocida por el anglicismo "securitización", es una técnica financiera que consiste en la transferencia de activos financieros que proporcionan derechos de crédito (por ejemplo y por lo que ahora interesa, préstamos hipotecarios) a un inversor, transformando esos derechos de crédito en títulos financieros emitidos en los mercados de capitales.

Una titulización tiene lugar reagrupando en una misma cartera un conjunto de derechos de crédito de naturaleza similar (por ejemplo, préstamos inmobiliarios, etc) que son cedidos a una estructura *ad hoc* (sociedad, fondo o *trust*) que financia el precio de compra colocando los títulos entre los inversores. Los títulos, que suelen adoptar la forma de bonos, representan cada uno una fracción de la cartera de derechos de crédito titulizados y dan el derecho a los inversores a recibir pagos por los derechos de crédito (cuando los préstamos inmobiliarios generan pagos mensuales) bajo la forma de interés y de reembolso del principal.

En España, la titulización está regulada, básicamente, por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, que también modificó algunos preceptos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.



Al día de hoy, no podemos dejar de citar la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, a la que nos referiremos más adelante.

El art 5 de la Ley 19/1992 dispone que para la emisión de los valores a que se refiere deberán constituirse agrupaciones de participaciones hipotecarias denominadas «Fondos de Titulización Hipotecaria», que constituirán patrimonios separados y cerrados, carentes de personalidad jurídica, que, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 7, estarán integrados, en cuanto a su activo, por las participaciones hipotecarias que agrupen y, en cuanto a su pasivo, por valores emitidos en cuantía y condiciones financieras tales que el valor patrimonial neto del Fondo sea nulo (ap. 1) y que la administración y representación legal de los Fondos corresponderá a las Sociedades gestoras que los hubieran creado. La constitución de cada Fondo se formalizará en escritura pública (ap. 2). El art. 6.1 dice que las sociedades gestoras podrán tener a su cargo la administración y representación legal de uno o más Fondos y que les corresponderá, en calidad de gestoras de negocios ajenos, la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos con cargo a los Fondos que administren.

El artículo 2 de la Ley 2/1981 dice que bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan en la misma y el art. 15 dispone que estas entidades 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 y concede a los titulares de estas participaciones acción ejecutiva contra la Entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona previendo que en este caso, el titular de la participación puede concurrir, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, pudiendo incluso subrogarse en la ejecución judicial si el acreedor hipotecario no la instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello.,

La titulación de activos se contempla por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero. Dispone esta Adicional que los valores emitidos por los Fondos de Titulización Hipotecaria regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, tendrán el carácter de títulos hipotecarios de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (apartado 1) y que el Gobierno podrá extender el régimen previsto para la titulación de participaciones a la titulación de otros préstamos y derechos de crédito, incluidos los derivados de operaciones de «leasing», y los relacionados con las actividades de las pequeñas y medianas empresas; los fondos que se autoricen al amparo de la normativa que se dicte se denominarán Fondos de Titulización de Activos (FTA). Se venía a recoger una previsión ya contemplada en el art. 16 del R.D. 3/1993, de 26 de febrero

El Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo (actualmente derogado por Ley 5/2015), por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación, concretaba la disciplina legal de éstos. Decía en su art. 1.1 que los fondos de titulación de activos son patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, integrados, en cuanto a su activo, por los activos financieros y otros derechos (en adelante, activos) que agrupen y, en cuanto a su pasivo, por los valores de renta fija que emitan y por préstamos concedidos por entidades de crédito. Con carácter general, la financiación con valores deberá ser superior al 50 por 100 del pasivo, salvo que concurren causas financieras, técnicas, jurídicas o de mercado que justifiquen un porcentaje menor y se acredite en el momento de la constitución del fondo. Asimismo, podrán integrar su pasivo con aportaciones de inversores institucionales, a quienes corresponderá el derecho al remanente que, en su caso, se produzca con ocasión de la liquidación del fondo, una vez satisfechos los derechos de crédito de los restantes acreedores. A estos efectos, se considerarán inversores institucionales los mencionados en el artículo 7.1. párrafo a) del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores. Regula las sociedades gestoras de fondos de titulación, que "tendrán por objeto exclusivo la constitución, administración y representación legal tanto de los fondos de titulación de activos como de los fondos de titulación hipotecaria".

El Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero se refiere de manera muy directa al ejercicio de la acción ejecutiva.

Dispone en su art. 30.1 que la ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31 que, en el caso de que tuviera lugar la falta de pago del deudor, reconoce al titular de las participaciones la facultad de compeler al emisor a que inste la ejecución hipotecaria, concurrir a la ejecución en igualdad de derechos con el emisor y, si tras ser requerida la emisora no inicia el procedimiento, le reconoce legitimación para ejercitar, por subrogación,



la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación, tanto por principal como por intereses.

Las disciplina legal expuesta se completa con la Ley 5/2015, de 27 de abril, con cuya base puede defenderse la postura favorable a la falta de legitimación de la entidad cedente, que en el presente caso es la prestamista ejecutante. Más adelante nos referimos a ello.

En el presente caso ha tenido lugar la titulización y se plantea la cuestión de que, puesto que la cesión del crédito titulado ha producido la transmisión del derecho al titular de la participación, parece lógico que esta titularidad legitime a éste y no a la entidad en su día prestamista y luego emisora de los títulos de participación para el ejercicio de la acción.

B) Postura favorable a la legitimación de la entidad prestamista cedente

La respuesta favorable a la legitimación activa de la entidad prestamista y emisora encuentra apoyo directo en el citado art. 30.1 del R.D. 716/2009 , que dispone que la ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora.

Este argumento legal puede completarse, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, con que el art. 29 del mismo Real Decreto permite el acceso al Registro de la Propiedad de las participaciones hipotecarias cuando se trata de inversores no profesionales, al decir que " *Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, tal y como se definen en el artículo 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado, se emitirán en escritura pública, de la que se tomará nota en el Registro de la Propiedad, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente* " .

Si, como es habitual, se trata de profesionales, la aplicación de la normativa general conduce a la conclusión de que la suscripción de la participación- titulización de créditos hipotecarios no es posible con arreglo a la disciplina legal expuesta. La razón de ello es que la norma define a los Fondos de Titulización Hipotecaria como patrimonios separados carentes de personalidad jurídica (art 5 de la Ley 19/1992 , art. 1.1 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo ; normas derogadas por la Ley 5/2015, que no altera esta definición). Y no es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión del crédito con garantía hipotecaria a que da lugar la titulización, puesto que el art. 9 de la Ley Hipotecaria exigía en su apartado 4 (hasta la modificación legal a que haremos referencia) que en la inscripción en el Registro se haga constar " *la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción* " y el art. 11 de su Reglamento dice que no son inscribibles " *los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica* " .

Con arreglo a ello, no puede instar el procedimiento de ejecución hipotecaria el Fondo titular del crédito en virtud de la cesión si no puede practicarse a su favor la inscripción de la cesión del crédito hipotecario, tal como exige el art. 149 LH y como por otra parte es necesario con arreglo a lo que dispone el art. 130 LH (" *El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contendidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo* ") .

A lo dicho se añade que, pese a ser el Fondo el titular de la " *relación jurídica u objeto litigioso* " , tal como exige el art. 10 LEC , este mismo precepto contempla la llamada legitimación extraordinaria a favor de quien no ostente dicha titularidad (art. 10 LEC), y en relación con esto, la previsión ya mencionada del art. 30 del R.D. 716/2009 a favor del ejercicio de la acción ejecutiva por la entidad emisora. Llamamos la atención sobre que esta postura implica tener por buena la legitimación extraordinaria prevista en una norma de carácter reglamentario, no establecida por ley formal.

En las resoluciones dictadas sobre la cuestión por las Audiencias Provinciales es mayoritaria la postura favorable a que, pese a la titulización, la entidad financiera cedente ostenta la legitimación activa, con base en las normas a que se ha hecho referencia, singularmente el artículo 30 del Real Decreto 716/2009 . Pueden citarse, en este sentido y entre otros, los Autos de las Audiencias Provinciales de Madrid de 1 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP M 1630/2016), Valencia, sec 9, de 6 de febrero de 2017 (ROJ: AAP V 67/2017), Girona de 23 de febrero de 2017 (ROJ: AAP GI 224/2017), Madrid de 29 de mayo de 2017 (ROJ: AAP M 3113/2017), o Zaragoza de 30 de junio de 2017 (ROJ:AAP Z 2157/2017) .

Valga, no obstante, señalar que el citado Auto AP Valencia de 6 de febrero de 2017 no llega a plantearse la incidencia que en la cuestión pudiera tener la Ley 5/2015 por ser posterior al comienzo del procedimiento de que se ocupaba el tribunal: "(...) *el propio recurrente invoca un precepto, en su escrito de oposición, el artículo 25 de la Ley 5/2015 de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que atribuye la representación de estos fondos a las sociedades gestoras de fondos de titulización, que no se hallaba en vigor al tiempo de presentarse la demanda, lo que implica, por una parte, que tal no es la situación a tener en cuenta, por la inmutabilidad de*



la situación jurídica existente al presentarse la demanda, de ser admitida, y, por otro, que el soporte legal que argumenta el recurrente en su oposición no es aplicable, pues implicaría una inadecuada aplicación retroactiva de la norma".

C) Opinión del tribunal. Favorable a que no está legitimada para interponer la demanda de ejecución la entidad prestamista cedente del crédito.

1. Partimos de que, en principio y salvo disposición legal que diga otra cosa, la transmisión o cesión del crédito, incluso el garantizado con hipoteca (arts. 1526 y ss CC , 149 LH) conlleva que el cesionario, en cuanto nuevo titular del derecho de crédito y de los accesorios como es la hipoteca (art. 1528 CC), pasa a ser el legitimado para el ejercicio de los derechos que aquél conlleva (art. 10 LEC).

A ello se añade que el art. 540.1 LEC prevé que la " ejecución podrá despacharse o continuarse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo "

El reconocimiento de legitimación para el ejercicio de la acción hipotecaria a favor del cedente en los casos de titulización puede subsumirse en la previsión legal del segundo párrafo del art 10 LEC (" Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular ") y se reconoce en el citado artículo 30 del Real Decreto 716/2009 .

Por otra parte y por lo que de manera más concreta respecta al ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria, para lo que es esencial la inscripción registral a favor de la parte demandante, dicha legitimación excepcional de la entidad prestamista cedente que por la titulización dejó de ostentar el derecho de crédito podía encontrar apoyo -más práctico que normativo- en que no era posible la inscripción en el Registro de la Propiedad de la titularidad del Fondo, por carecer de la personalidad jurídica necesaria para ello (arts 9.4 LH y 11 RH).

2. Sin embargo, la normativa legal que impedía el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria por el Fondo cesionario ha experimentado una modificación que incide de forma relevante en la cuestión a que nos venimos refiriendo.

a) Por una parte, la Ley 13/2015, de 24 de junio (de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo) dio nueva redacción al art. 9 de la Ley Hipotecaria . Al relacionar el contenido de la inscripción, a la mención en el apartado e) de que debe constar la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción añade " o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones ".

Quedó con ello abierta, desde el día 1 de noviembre de 2015 en que entró en vigor la modificación (Disp. Final Quinta Ley 13/2015), la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de garantía a favor del Fondo de Titulización. En la redacción a que dio lugar el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, el art. 11 RH contemplaba la inscripción de " los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a fondos, sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior, de titulización hipotecaria, o de titulización de activos ", si bien fue anulado por la STS, Sala Civil, de 31 de enero de 2001 , porque suponía la introducción reglamentaria de una modificación que afectaba a una norma de rango legal, cual era a la sazón el art. 9.4 LH . Esta anomalía dejó de existir con la modificación de la Ley Hipotecaria a que nos estamos refiriendo.

b) De otro lado, también ha venido a incidir en la normativa la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Publicada en el BOE de 28 de abril de 2015, entró en vigor al día siguiente (D. Final 13ª).

La Ley reforma el régimen legal de las titulizaciones, que pasan a estar reguladas de forma completa e integrada en su Título III, en cuanto ahora interesa, y deroga de forma genérica las normas de igual o inferior rango que se le opongán. También deroga expresamente parte de la antes citada Ley 3/1994 y el R.D. 926/1998 por el que se regulaban los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización (Disp. Derogatoria).

El art. 15.1 define los fondos de titulización como patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica.

Abundando en la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, ya expedita por la redacción dada al art 9 LH por la reforma operada por la Ley 13/2015, dispone su art. 16.3 que se " podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización. Igualmente se podrán inscribir la propiedad y otros derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los fondos de titulización en los registros que correspondan ".

El Capítulo II del Título III regula las sociedades gestoras de fondos de titulización que, con arreglo al art. 25.1 tienen por objeto la " constitución , administración y representación legal de los fondos de titulización y de los



fondos de activos bancarios "; este objeto social tiene carácter exclusivo (art. 29.1.b). Es la sociedad gestora del fondo quien promueve su constitución , modificación y extinción (arts. 22 , 23 y 24). Dispone el art. 35.3 que la sociedad de gestión de activos, que será sociedad anónima, se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en la normativa que la desarrolle y, supletoriamente, por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y demás normas del ordenamiento jurídico-privado.

3. Sobre la base del hecho indiscutible de que mediante la titulización se produce la cesión del crédito, de suerte que titular de los derechos inherentes al mismo y con ello de la relación jurídica u objeto litigioso (art. 10 LEC) pasa a ser el fondo de titulización, las modificaciones legales a que acaba de hacerse referencia permiten concluir la falta de legitimación de la entidad prestamista cedente, que en virtud de la cesión dejó de ostentar los derechos de crédito y el accesorio de garantía hipotecaria (art. 1528 CC), a la vez que decaen las razones que en su día pudieron justificar que una norma reglamentaria les reconociera dicha legitimación.

Partiendo de que tanto el derecho principal de crédito, como el de garantía hipotecaria han pasado a ser ostentados por el Fondo de Titulización, representado legalmente por la Sociedad Gestora que lo constituyó y puede extinguirlo, y que es ahora posible la inscripción de la garantía real en el Registro de la Propiedad, es la Sociedad Gestora la legitimada para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria.

No es óbice a ello el contenido del art. 30 del R. D. 716/2009 , que reconoce la legitimación de la entidad emisora, esto es, de la prestamista.

En primer lugar porque, si bien no ha sido derogado, se trata de una norma reglamentaria, de rango inferior a las leyes formales que fundan la legitimación de la sociedad gestora, con arreglo a lo antes razonado.

Por otra parte, porque es unánime la opinión doctrinal de que la legitimación extraordinaria, además de requerir expresa cobertura legal, es de interpretación estricta. En este sentido, es discutible que sea suficiente para ello una norma de carácter reglamentario, lo que comporta entender que la mención del párrafo segundo del art. 10 LEC , al exceptuar los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular "*cuando la ley lo prevea expresamente*" se refiere a cualquier norma, con independencia de su rango, sin que sea necesario que lo tenga de ley formal. Téngase en cuenta que, salvo el que ahora nos ocupa, los supuestos que se admiten como de legitimación extraordinaria encuentran su apoyo en una ley en sentido estricto, sea el Código Civil (arts. 1111 , 1552 y 1869), sea la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 11 y 11 bis), sean leyes especiales (art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal , art. 5.g Ley de Colegios Profesionales , art. 20 Ley 26/1984 , actualmente arts. 20 y 24 del Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios aprobada por el R D Legislativo 1/2007, artículo 240 TR Ley de Sociedades de Capital y artículo 73 de la Ley Concursal , entre otras).

La STS de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) , con cita de la anterior STS núm. 634/2010, de 14 de octubre , dice que la legitimación extraordinaria tiene lugar en "*situaciones en las que se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión que haga posible la actuación del derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso. Estas excepciones, en cuyo origen subyacen causas de muy distinta índole, exigen la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso* " .

Entendemos que esta cobertura ha de contenerse en una norma con rango de ley, sin que sea suficiente un reglamento, como es el R.D. núm. 716/2009 en que se pretende fundar la legitimación extraordinaria de la entidad cedente. Téngase en cuenta que las normas antes citadas de las que no se discute que contienen tal clase de legitimación tienen dicho rango legal y que es coherente que, regulada por ley formal la legitimación ordinaria (art. 10 LEC), también la extraordinaria se contenga en todo caso en una norma del mismo rango, no en un mero reglamento.

Por otra parte, dispone el art. 6 LOPJ que los tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la ley o al principio de jerarquía normativa.

D) Conclusión

1) Tanto el art. 9.e de la Ley Hipotecaria tras la modificación operada por la Ley 13/2015, como el art. 16.3 de la Ley 5/2015 permiten la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos reales pertenecientes a los fondos de titulización.

Por lo tanto, es inscribible a favor del fondo el derecho real de hipoteca, lo que antes no era posible.

2) Si bien los fondos de titulización son patrimonios separados carentes de personalidad jurídica (art. 15.1 Ley 5/2015), el ejercicio de las acciones que les competan y su defensa en el proceso debe ser actuado por la correspondiente sociedad gestora que lo ha constituido, puede modificarlo e instar su extinción (art. 22 , 23 , 24 Ley 5/2015) y le representa legalmente (art. 25.1 Ley 5/2015).



3) Los preceptos citados de la Ley 5/2015 y de la Ley 13/2015 inciden en la viabilidad procesal de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la sociedad gestora del fondo de titulización, como ya se ha razonado. Desde esta perspectiva y en el sentido indicado, tienen naturaleza eminentemente procesal por lo que lo relevante no es la fecha de otorgamiento del contrato de cuya ejecución se trate, sino la de presentación de la demanda (art. 2.2 LEC).

Por lo tanto, no supone aplicación retroactiva, aunque la escritura de préstamo sea de fecha anterior.

4) El art. 30 del RD 716/2009 , que se invoca en el recurso y dispone que el ejercicio de la acción ejecutiva corresponde a la entidad emisora, es una norma de carácter reglamentario, que necesariamente decae ante la Ley de Enjuiciamiento Civil y las posteriores con rango de ley formal que sustentan la postura expuesta (Ley 5/2015 y Ley 13/2015).

Y no tiene el rango de ley ordinaria apto para la regulación de la legitimación extraordinaria prevista en el párrafo segundo del art. 10 LEC .

CUARTO.- Aunque los anteriores razonamientos dan lugar a la desestimación del recurso, la existencia de dudas jurídicas serias derivadas de la normativa existente y de la existencia entre los tribunales de apelación de un criterio mayoritario distinto al que aquí se mantiene justifica que no hagamos expresa imposición de las costas de la apelación (art. 398 en relación con el art. 394.1 LEC).

Nada decimos de las costas de la instancia, puesto que el pronunciamiento al respecto no es objeto de la apelación (arts. 456.1 y 465.5 LEC).

Pierde el recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir, pierde el recurrente la misma, a la que se dará el destino legal (Disp. Adic. 15ª LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Cajas Rurales Unidas Sociedad Cooperativa de Crédito, contra el Auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Castellón en fecha veinticuatro de enero de dos mil diecisiete, en autos de Juicio Oposición Ejecución Hipotecaria seguidos con el número 26 de 2016, **CONFIRMAMOS la resolución recurrida** y no hacemos expresa imposición de las costas de la alzada.

Se declara la pérdida de la cantidad consignada como depósito para recurrir al desestimar el recurso de apelación.

Contra este Auto no cabe recurso.

Notifíquese el presente Auto y remítase testimonio del mismo, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN TERCERA

Rollo Apelación Civil núm. 298 de 2.017

Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Castellón

Juicio Oposición Ejecución Hipotecaria nº 26 de 2.016.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON ENRIQUE EMILIO VIVES REUS AL AUTO nº 252 de 2.017.

Con sumo respeto a la decisión mayoritaria adoptada por La Sala en el Auto que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la entidad "Cajas Rurales Unidas Sociedad Cooperativa de Crédito" contra el Auto dictado por el juzgado de primera instancia número Nueve de Castellón que estimó la oposición por defectos procesales formulada por D. Torcuato y Dª Esperanza contra el Auto que despachó ejecución en un proceso de ejecución hipotecaria, por medio del presente voto particular paso a exponer mi discrepancia con lo resuelto por La Sala en el citado Auto n.º 252/2.017.



La resolución dictada por La Sala viene a desestimar el recurso de apelación formulado por la entidad ejecutante "Cajas Rurales Unidas Sociedad Cooperativa de Crédito" contra el Auto dictado por el juzgado de primera instancia que acordó el sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria al considerar que la entidad ejecutante carece de legitimación al haber cedido el crédito a la mercantil "Europea de Titulación, S.A.". Contra la citada resolución del juzgado la entidad ejecutante formula recurso de apelación que fundamenta en la vulneración del Real Decreto número 716/2.009 que desarrolla determinados aspectos de la Ley 2/1.981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en cuyo artículo 30.1 establece que la ejecución hipotecaria del préstamo o crédito hipotecario participado, corresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31, que determina que ante el incumplimiento del deudor, el titular de las participaciones podrá compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria.

A pesar del citado precepto que establece claramente la legitimación de la entidad emisora para instar el proceso de ejecución hipotecaria cuando se haya transmitido el crédito a una sociedad gestora de titulación, el Auto de la Sala que resuelve el recurso de apelación niega esa legitimación a la entidad ejecutante con fundamento en un doble argumento.

El primero, por cuanto el artículo 30 del Real Decreto 716/2.009, si bien no ha sido derogado, se trata de una norma reglamentaria, de rango inferior a las leyes formales que fundan la legitimación de la sociedad gestora, siendo que la legitimación extraordinaria, a la que hace referencia el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de requerir expresa cobertura legal, es de interpretación estricta.

El segundo, por cuanto la normativa legal que impedía el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria por el Fondo cesionario ha experimentado una modificación que incide de forma relevante por la Ley 13/2.015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria, que dio nueva redacción al artículo 9 de la L.H., que posibilita la inscripción en el Registro de la Propiedad de derecho real de garantía a favor del Fondo de Titulación por lo que es la Sociedad Gestora la legitimada para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria.

Por lo que respecta al primero de los argumentos, no se comparte que el artículo 30 del Real Decreto, que no ha sido derogado, no legitime a la entidad emisora para el ejercicio de la acción hipotecaria pese a la titulación del crédito hipotecario. Como se indica en el Auto de la Sala, las resoluciones de las distintas Audiencias Provinciales reconocen a la entidad emisora la legitimación para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria pese a esa titulación a favor de la sociedad gestora. Como han declarado los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª de fecha 28 de enero de 2.015, de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 9ª de fecha 12 de abril de 2.016, de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 19ª, de fecha 3 de febrero de 2.016, Audiencia Provincial de Tarragona Sección 1ª de fecha 17 de septiembre de 2.015 y Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 30 de junio de 2.017, la legitimación activa para reclamar por el impago de un préstamo titulado es de la entidad financiera, al tratarse de una legitimación legal prevista expresamente en el artículo 30 del Real Decreto 716/2.009, de 24 de abril, que es ley especial en la materia.

En relación al segundo de los argumentos, se discrepa de la conclusión alcanzada en el Auto de la Sala al considerar que la entrada en vigor de la Ley 5/2.015, de 27 de abril y de la Ley 13/2.015, que han dado nueva redacción al artículo 9 de la L.H., por el que se faculta al Fondo de Titulación a inscribir en el Registro de la Propiedad la garantía real hipotecaria, la entidad emisora carece de legitimación activa, ostentándola el Fondo de Titulación.

Como consecuencia de la entrada en vigor de las citadas leyes deben distinguirse dos supuestos. Para el caso de que el Fondo de Titulación haya inscrito en el Registro de la Propiedad la garantía real, debe reconocerse que sólo el citado Fondo se encontraría legitimado para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria. Caso contrario, en que la entidad financiera emisora continúe siendo la titular registral de la garantía hipotecaria, seguirá ostentando esa legitimación la entidad emisora.

Esta Sala en numerosas resoluciones, de conformidad con la doctrina de la Dirección de los Registros y del Notariado, ha declarado reiteradamente que la entidad legitimada para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria es aquella que tiene inscrita en el Registro de la Propiedad la garantía real, y que en caso de cesión del crédito hipotecario o en los supuestos de fusión o absorción de sociedades, la entidad cesionaria o absorbente que no tiene inscrita en el Registro de la Propiedad la garantía real carece de legitimación para instar la acción ejecutiva hipotecaria.

El artículo 149 de la Ley Hipotecaria, de conformidad con la redacción dada por la Ley 41/2.007, de 7 de diciembre, establece que "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".



Un sector doctrinal interpreta el citado precepto en el sentido de que se exige la inscripción tabular para la cesión de la titularidad de la hipoteca o garantía real, pero no para el crédito que garantiza. Dicha distinción viene claramente establecida por el punto y seguido que separa las dos proposiciones con que cuenta el referido párrafo del citado artículo.

El anterior criterio ha sido aceptado por esta Sala en numerosas resoluciones (Auto de fecha 15 de noviembre de 2.012 , entre otros) al indicar que "aunque la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo (art. 145 LH), lo cierto es que ningún precepto establece con claridad que la efectividad de la cesión del crédito hipotecario requiera asimismo la inscripción registral de la que, por lo tanto, no afirmamos que tenga carácter constitutivo. Pero sí cabe sostener que, si no la cesión del crédito, sí requiere la inscripción registral la transmisión de la garantía para que pueda realizarse la misma mediante el singular proceso de ejecución hipotecaria. No puede tramitarse un proceso de ejecución hipotecaria en base a un título en el que aparece como titular del derecho real de garantía alguien distinto a quien promueve el proceso. No debe prescindirse de que el art. 149 LH , tras admitir la cesión del préstamo garantizado con hipoteca, manda que se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad."

En consecuencia, siendo la entidad ejecutante apelante "Cajas Rurales Unidas Sociedad Cooperativa de Crédito", quien tiene inscrita en el Registro de la Propiedad la garantía real y no el Fondo de Titulación, debe concluirse que la entidad apelante se halla legitimada para el ejercicio de la acción hipotecaria, por lo que debería haberse estimado el recurso de apelación, revocarse el Auto recurrido, desestimar la oposición al despacho de ejecución por motivos formales y resolver sobre los motivos de fondo esgrimidos por los demandados al despacho de ejecución.