

Roj: **AJPI 4/2015 - ECLI:ES:JPI:2015:4A**Id Cendoj: **28058420012015200001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Fuenlabrada**Sección: **1**Fecha: **06/03/2015**Nº de Recurso: **320/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JESUS MIGUEL ALEMANY EGUIDAZU**Tipo de Resolución: **Auto****JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA****Nº 1 DE FUENLABRADA**Procedimiento: **Ejecución de títulos no judiciales nº 320/2014**Objeto del **juicio**: **Ejecución hipotecaria. Ejecución ordinaria subsiguiente. Fondo de titulización. Participaciones hipotecarias. Legitimación activa**Ejecutante: **Unión de Crédito para la Financiación Mobiliaria e Inmobiliaria, Credifimo, EFC, S.A.U.**Procurador: D.<sup>a</sup> Elvira Ruiz Resa

Letrado: Firma ilegible

Ejecutados: D.<sup>a</sup> Crescencia y otrosProcurador: D.<sup>a</sup> Ana-María Valdazo DragoLetrado: D.<sup>a</sup> María-Eugenia López PérezMagistrado Ilmo. Sr. D. **JesúsAlemanyEguidazu****AUTO**

En Fuenlabrada, a seis de marzo de dos mil quince.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**I. Petición de demanda de ejecución.-** El 28/2/2014, conforme al artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se presentó petición de despacho de ejecución por la cantidad no cubierta en la ejecución hipotecaria antecedente.

**II. Despacho de ejecución.-** Según lo suplicado, se dictó Auto de 18.3.2014 despachando ejecución por la cantidad que faltaba contra los deudores hipotecantes y contra los **fiadores** de la deuda hipotecaria, para la prosecución de la ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

**III. Oposición a la ejecución.-** Por escrito presentado el 29.12.2014, la fiadora D.<sup>a</sup> Crescencia se opone a la ejecución. Entre otros motivos de oposición, alega y consta así efectivamente en las actuaciones, que la ejecutante cedió la adjudicación de la finca hipotecada a TDA 25, Fondo de Titulización de Activos (en lo sucesivo, el "**Fondo**"), que se adjudicó la finca por Decreto de 21.2.2013. Según la ejecutada, el Fondo habría adquirido la finca a un precio inferior al del remate « *para posteriormente revenderlo sin pagar impuestos y como si hubiera operado una sola transmisión privando al deudor de la posibilidad de conocer el beneficio real obtenido por su ejecutante, que además formalmente conserva acción ejecutiva para reclamar el resto de la deuda* ».

**IV. Impugnación de la oposición.-** Por escrito presentado el 28.1.2015, la ejecutante impugna la oposición a la ejecución.



**V. Audiencia sobre un posible defecto de legitimación** .- Por providencia de 3.2.2015, se dio traslado a las partes para alegaciones ante un posible defecto de legitimación de la ejecutante por corresponder, en su caso, al Fondo.

**VI. Alegaciones de la ejecutante.**- En escrito presentado el 27/2/2015, la ejecutante alega que « *Credifimo ostenta la legitimación activa por encargo de la propia cesionaria y con poderes para ello concedidos al efecto. En cualquier caso, si no se considerase suficiente, la procuradora que suscribe acredita su poder de representación de TDA 25 Fondo de Titulización de Activos a los efectos de que, si por el Juzgado se considera necesario, continúe la presente ejecución en nombre de la cesionaria del crédito* ».

**VII. Alegaciones de la coejecutada.**- En escrito presentado el 26/2/2015, la coejecutada entiende que el crédito ha sido cedido y que por la cesión completa del crédito **hipotecario** « *existe una clara falta de legitimación activa* » de Credifimo, correspondiendo la legitimación exclusivamente al Fondo.

**IX. Siglario** de este Auto: " **CC** ", Código Civil; " **CCom** ", Código de Comercio; " **FTA** ", fondo de titulización de activos; " **CTH** ", certificado de transmisión de hipoteca; " **FTH** ", fondo de titulización hipotecaria; " **LEC** ", Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; " **L. 3/1994** ", 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; " **LH** ", Ley Hipotecaria; " **LMH** ", Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado **hipotecario**; " **PLFFE** ", Proyecto de Ley de Fomento de la Financiación Empresarial; " **RFTA** ", Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los FTA y las sociedades gestoras de fondos de titulización; " **RMH 1982** ", Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del mercado **hipotecario**; " **RMH 2009** ", 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; " **SAP** ", sentencia de la audiencia provincial, sección y " **STS 1ª** ", sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. *Cesión de créditos y legitimación procesal*

**A) Legitimación.**- Para la *legitimación ordinaria* o normal, el artículo 10 I de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en **juicio** como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso».

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

**B) Legitimación y representación.**- «En puridad, no deben confundirse las cuestiones de representación voluntaria o legal de la parte (al margen la representación del Procurador que tiene tratamiento aparte) con las cuestiones de legitimación, ya que en el orden práctico así como la carencia de legitimación es de suyo insanable y por ello no puede ser subsanada, los defectos de representación, en cambio, pueden y deben subsanarse» ( STS 1ª 656/1996, 2.9 ).

La cesión de un crédito es una figura que afecta a la titularidad del crédito, luego a la titularidad de la relación u objeto litigioso, lo que determina la facultad de llevar el proceso o legitimación ( art. 10 LEC ) y no solamente la comparecencia en **juicio** y representación ( art. 7 LEC ). «No se trata de representación, porque el representante procesal obra en nombre ajeno, así que parte en el pleito es verdaderamente el representado, mientras que el sustituto procesal obra en nombre propio y es parte en el pleito» ( CHIOVENDA, *Principios*, II, § 36 I ).

**C) Falta de legitimación del cedente.**- Los Códigos y leyes patrios reconocen la figura de la transmisión o cesión de créditos ( arts. 1526 CC y 347 CCom ), también los **hipotecarios** ( art. 1878 CC y 149.1 LH ).

Ordinariamente, la cesión del crédito conlleva la cesión de la legitimación. «La legitimación en su carácter puramente procesal, aunque ligada íntimamente a la cuestión de fondo, ha de entenderse como la relación que tiene cada parte (en el caso la accionante) con el objeto del proceso para defender sus derechos e intereses legítimos, pues solo cuando existe tal legitimación queda vinculado el Juzgador para dictar una sentencia de fondo, lo que implica que quien ha transmitido un derecho no tiene ya ninguna disposición sobre el mismo



y no puede constituirse en accionante para defender aquello de lo que se ha desprendido y sobre lo que ninguna disposición tiene ya, presentándose así la legitimación como una cuestión preliminar al fondo de la controversia, en relación al derecho accionado, que ha de subsistir en favor de quien acude a la jurisdicción y en el momento preciso en que lo hace; [...]. El suceder en un derecho, en una titularidad, que es lo admitido por las partes y ya indiscutible, es la sustitución de una persona en el lugar que otra ocupaba, de manera que el sucesor tendrá la misma posición jurídica que el sucedido; y si de transmisión se tratare [...] lo mismo ha de predicarse de *accipiens* y *tradens*; por eso habla la Audiencia de subrogación; por eso ha de concederse el derecho al sucesor o *accipiens*; por eso los hoy actores incidieron en una pérdida voluntaria del interés jurídico, que pasó a la Sociedad limitada; y por eso, en fin, [...] los sucedidos o transmitentes [...] ya no podrán ejercitar la acción, pero sí la sociedad en cuanto continuadora de los derechos de aquellos. [...], sin que en modo alguno pueda atribuirse al art. 1526 CC mero carácter procesal, ya que se sucedió en todos los derechos de los actores, no solo, aunque también, en la facultad de accionar» ( STS 1ª 301/1997, 18.4 ).

**D) Imposibilidad de sustitución voluntaria.**- La ejecutante basa su legitimación en el « *encargo de la propia cesionaria y con poderes para ello* ».

No obstante, no cabe una sustitución puramente voluntaria (*gewillkürte Prozessstandschaft*) al margen de una sustitución legal. En principio, acción y derecho son inseparables. «La legitimación por "sustitución procesal", como una de las modalidades de la llamada "legitimación extraordinaria" en cuanto la atribuye a quien no es titular del derecho cuya declaración o ejecución se interesa confiriéndole la posición habilitante para formular la pretensión, no aparecía referida directamente en la anterior LEC aunque existían algunos casos reconocidos en nuestro ordenamiento como los contemplados en los artículos 507, 1111, 1552, 1597, 1722, 1869 CC, pero en ningún caso existía la posibilidad de la llamada sustitución voluntaria o desplazamiento convencional de la legitimación, en los cuales aquél que la tiene pudiera conferirla a otras personas. Hoy claramente establece el artículo 10 LEC que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en **juicio** como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso" y que únicamente "se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular"» ( STS 1ª 598/2009, 18.9 ; en la doctrina española, citando la extranjera, PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I2, 325).

## SEGUNDO. **Titulización y legitimación procesal**

**A) Representación legal de los fondos de titulización.**- El PLFFE, de próxima aprobación, unifica en una única categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria.

La representación legal de los fondos de titulización corresponde a su sociedad gestora ( art. 25.1 PLFFE; por el momento, disp. ad. 5ª L. 3/1994 y arts. 12.1 RFTA y 5º.2 Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre FTH).

Los fondos de titulización son entidades sin personalidad que «comparecerán en **juicio** por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en **juicio** de dichas entidades» ( art. 7.6 LEC ). En consecuencia, el Fondo, que es un FTA, debe comparecer en **juicio** por medio de la correspondiente sociedad gestora, mercantil denominada Titulización de Activos, S.A., S.G.F.T.).

**B) Activo de los fondos de titulización.**- «Los fondos de titulización podrán adquirir la titularidad de los activos por cualquier modo, bien sea a través de su cesión, su adquisición, su suscripción en mercados primarios o a través de cualquier otro modo admitido en Derecho» (art. 16.2 PLFFE; en el Derecho todavía vigente, art. 2 RFTA). La amplia formulación del artículo comprende la adquisición originaria ( v.g. por suscripción) y la adquisición derivativa total o parcial ( v.g. por cesión del crédito). En otro orden clasificatorio, contiene la adquisición traslativa del mismo derecho (transmisión en sentido estricto), total o parcial ( v.g. creando una cotitularidad) y la adquisición constitutiva de un derecho filial.

**C) Distribución de la legitimación ordinaria.**- Considerado el Fundamento I antecedente, el único legitimado es el propio fondo de titulización en los casos de *adquisiciones totales* del crédito. Diversamente, en el caso de *adquisiciones parciales*, la legitimación puede bilocarse en el transmitente y en el fondo por las respectivas cuantías de su crédito ( ex art. 1138 CC ). Finalmente, en una *adquisición constitutiva*, la legitimación radicará en la entidad originadora del crédito o en el fondo, sujeto dependiendo del contenido del derecho constituyente y del contenido del derecho constituido.

Lo anterior sin perjuicio de las normas especiales sobre legitimación extraordinaria que pudiera disponer el Ordenamiento.

## TERCERO. **Participaciones hipotecarias y legitimación procesal**



**A) La participación hipotecaria (o el CTH).**- «Las Entidades a que se refiere el artículo segundo podrán hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos **hipotecarios** de su cartera, mediante la emisión de títulos valores denominados *participaciones hipotecarias* » (art. 15 I LMH).

Los *certificados de transmisión de hipoteca* son instrumentos afines a las participaciones hipotecarias, con inferior calidad crediticia. «Las entidades a que se refiere el artículo 2 LMH, podrán hacer participar a terceros en todo o parte de uno o varios préstamos o créditos **hipotecarios** de su cartera, aunque estos préstamos o créditos no reúnan los requisitos establecidos en la Sección 2.ª de dicha Ley. Estos valores, denominados «certificados de transmisión de hipoteca» podrán emitirse para su colocación entre inversores cualificados, o para su agrupación en fondos de titulización de activos. A estos certificados les será de aplicación las normas que para las participaciones hipotecarias se establecen en la LMH, salvo lo previsto en este apartado» (disp. ad. 5ª.2 III L. 3/1994).

En el caso de autos, los activos del Fondo son participaciones y certificados de transmisión **hipotecario**, correspondiéndose cada participación hipotecaria o CTH a una participación del 100% sobre el saldo pendiente de vencimiento de cada uno de los préstamos **hipotecarios** y devengando un tipo de interés igual al tipo de interés nominal que devengue en cada momento el correspondiente préstamo **hipotecario**.

Aclaremos que, aunque la ejecutante ha aportado en su escrito de alegaciones la escritura de constitución de un FTA distinto al Fondo relevante, asumimos que la estructura de la operación es la misma, lo que podría comprobarse en el folleto del Fondo publicado en el portal electrónico de la CNMV y, en fin, la ejecutante ha reconocido la cesión de todo el crédito ejecutado.

**B) Naturaleza de la participación hipotecaria (o del CTH).**- La naturaleza del negocio instrumentado en las participaciones o certificados de transmisión **hipotecarios** resulta decisiva para localizar la titularidad del crédito contra el deudor principal, así como la titularidad del crédito fideusorio, lo que a su vez determina la legitimación procesal ordinaria para incoar o continuar la ejecución contra los deudores **hipotecarios** u ordinarios.

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

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

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

Sin embargo, la emisión de las participaciones o certificados de transmisión **hipotecarios**, aquí no se ha sometido a ningún Derecho de los que tradicional y habitualmente admiten las propiedades fiduciarias. La posibilidad de una titularidad fiduciaria no goza de reconocimiento general en Derecho español. No obstante, la mejor doctrina inglesa ve posible una aproximación a esquemas civilísticos, valorada la fiducia como la facultad real del beneficiario de alterar el *status* de las atribuciones patrimoniales recibidas por el fiduciario. En nuestra doctrina especializada, también se intentan construcciones que, reconociendo o no la cesión del crédito al partícipe, califican a la entidad emisora de mandatario legal, especial y oneroso.

Justamente, una fase intermedia de nuestra reglamentación de las participaciones hipotecarias podría adscribirse a la teoría de la titularidad fiduciaria: «El emisor conservará la custodia y administración del crédito **hipotecario**, así como la titularidad parcial del mismo» (art. 65.3 II *init.* RMH 1982 redacc. RD 1289/1991). Su



trasunto en materia de legitimación dispone: «La ejecución del crédito **hipotecario** participado corresponde a la Entidad emisora y al titular de la participación» ( art. 65.1 RMH 1982 redacc. RD 1289/1991 ).

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

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

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

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

(3ª) Abona la tesis de que el crédito **hipotecario** sale del patrimonio de la entidad emisora que «en caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación sólo será impugnabile en los términos del artículo 10, y, en consecuencia, el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación» (art. 15 últ. LMH).

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

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

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

Nótese que la redacción de las normas procesales especiales ha quedado anquilosada en tesis superadas y que convendría su adaptación al modelo de cesión de créditos, distinguiendo debidamente el supuesto de cesión parcial o total o, en su caso, reconociendo abiertamente en qué supuestos la entidad emisora merece una legitimación extraordinaria para demandar al deudor. La regulación más congruente con el modelo de cesión sería que la entidad emisora o el partícipe pudieran instar la ejecución por la cuantía de su crédito ( ex art. 1138 CC ) y, si fuere la participación total, con legitimación exclusiva del partícipe cesionario. Además, la legislación proyectada decididamente se orienta a que sea la sociedad gestora quien administre y gestione los activos agrupados en los fondos de titulización (art. 26.1 b) PLFFE), quien no podrá «delegar sus funciones hasta el extremo de convertirse en una entidad instrumental o vacía de contenido» (art. 30.4 PLFFE).

Ahora bien, con los textos normativos vigentes, la distribución de la legitimación frente a los deudores, puede resumirse del siguiente modo:

(a) La ley solo regula el caso del incumplimiento del deudor prestatario, no de otros deudores accesorios (arts. 15 IV *med.* LMH y 31 *init.* RMH 2009).



(b) El partícipe puede compeler a la ejecución del deudor por la entidad emisora (art. 15 IV *fin.* LMH), entendiéndose que es la ejecución hipotecaria (art. 31 a], c] y d] RMH 2009). En consecuencia, la entidad emisora ostenta legitimación extraordinaria para la acción hipotecaria en la cuantía de la participación, previa compulsión del partícipe. En sentido restrictivo, la legitimación extraordinaria de la entidad emisora no se extiende a la ejecución complementaria (art. 579.1 LEC) porque la ejecución complementaria es una novedad procesal posterior en el tiempo a la legislación especial (aunque es discutible, interpretamos el término "ejecución" como definición estática y no dinámica, porque está en juego una imposición a la entidad emisora [ *in dubio minus* ]) y, menos dudosamente, por interpretación contextual de otros enunciados del artículo reglamentario.

(c) El partícipe puede intervenir voluntariamente (art. 13 LEC) en cualquier ejecución que la entidad emisora siga contra el deudor **hipotecario**, para cobrar a prorrata de su participación (art. 15 IV *med.* LMH; también art. 31 b] RMH 2009). Puede tratarse de «cualquier procedimiento de ejecución», no necesariamente hipotecaria (art. 31 b] RMH 2009), «judicial o extrajudicial» (arg. disp. ad. 5ª.2 últ. L. 3/1994).

(d) El partícipe, ante la pasividad de la entidad emisora, queda legitimado, se dice que por subrogación, para la incoación o continuación de la ejecución hipotecaria en la cuantía correspondiente a su participación (arts. 15 IV *med.* LMH y art. 31 c] y d] RMH 2009). Ciertamente, la legitimación «por subrogación» -modificación del proceso de ejecución por cambio de la parte- es inconsistente con la tesis de la cesión del crédito al partícipe y se explica, precisamente, como un residuo de la configuración sustantiva inicial, hoy superada, de las participaciones hipotecarias.

Finalmente, puntualizamos que la disposición adicional 5ª.2 párr. último de la Ley 3/1994 (redacc. RD-Ley 6/2010) no regula la cuestión de la legitimación procesal y que es compatible con una demanda de ejecución por la sociedad gestora del fondo.

**D) La legitimación extraordinaria no se perpetúa.**- El artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con su referencia al «ejecutante», no es una norma atributiva de legitimación activa.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

**E) Conclusión.-** Cabe razonablemente concluir que en supuestos, como el presente, en los que la participación del partícipe en el préstamo **hipotecario** es total, la entidad emisora de la participación hipotecaria carece de legitimación para instar el despacho de la ejecución complementaria ( art. 579.1 LEC ).

Lo anterior prevalece sobre los pactos que en esta materia pudieran existir entre la entidad emisora y el Fondo partícipe, por el principio de legalidad procesal ( art. 1 LEC ).

Ello con independencia de que ni siquiera el modo de ejercicio por la ejecutante de la acción hipotecaria y las personales complementarias se ajusta a legislación especial, porque no acredita la previa compulsión del Fondo a la ejecución. La comparecencia de la ejecutante se arregla a la escritura de constitución del Fondo, por la que se otorga un poder (por cierto, nulo) « *tan amplio y bastante como sea requerido en Derecho a favor de los Cedentes para que éstos, actuando a través de cualquiera de sus apoderados con facultades bastantes a tales fines, pueda, en nombre y representación de la Sociedad Gestora como representante legal del Fondo [...] ejercitar la acción judicial* » contra los deudores **hipotecarios**. En el presente proceso y en la ejecución hipotecaria antecedente, la ejecutante se ha presentado actuando en nombre propio (hasta el punto de aparentar una cesión de la adjudicación al verdadero dueño del crédito y beneficiario de la garantía [según la tesis de la participación hipotecaria como cesión]), con lo que la entidad emisora también se ha extralimitado del ámbito de su apoderamiento.

**F) Intento de subsanación con un nuevo poder.-** La subsanación del defecto de legitimación aportando otro poder, otorgado por la sociedad gestora a favor de la misma procuradora, no es admisible.

En primer lugar, porque comprobamos que el poder ahora esgrimido es especial para aceptar la cesión del remate, la adjudicación y conducir las actividades consecuentes para la inscripción y el lanzamiento. Es un poder especial que no cubre la petición de continuar la ejecución en un proceso de ejecución ordinaria.

En cualquier caso, falta el presupuesto procesal de la legitimación y no meramente el de postulación.



**G) Consecuencia procesal.**- El Fondo cesionario no se ha presentado invocando la legitimación derivada, por sucesión extraprosal y anterior a la demanda de ejecución, pidiendo él mismo la continuación de la ejecución ( art. 540 LEC ); ni estamos ante un supuesto de sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso pendiente el **juicio** ( art. 17 LEC ); ni ante un caso de intervención voluntaria en un proceso válidamente incoado por la entidad emisora ( art. 13 LEC ).

La parte realmente legitimada (el Fondo) podrá presentar, por medio de su sociedad gestora, si a su derecho conviene, nueva demanda de ejecución complementaria con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

L a falta de legitimación es insubsanable ( *vide supra* Fundamento I B]) y el defecto de este presupuesto procesal resulta apreciable de oficio (entre muchas, SSTs 1ª Pleno 241/2013, 9.5, §56 ; 3/2014, 15.1 ; 659/2014, 19.2 y 195/2014, 2.4 ). Como se trata de un defecto procesal insubsanable, al igual que cuando se estima la oposición por esta causa, procede dictar auto dejando sin efecto la ejecución despachada (arg. art. 559.2 II en relación con el 559.1-2º LEC ).

#### CUARTO. **Costas**

No ha lugar a aplicar la norma de la oposición por motivos procesales porque, estrictamente, no se ha entrado a resolver la oposición planteada (que fue por motivos de fondo y no procesales). Además, respecto a la cuestión de la distribución de la legitimación entre la entidad emisora de participaciones hipotecarias y el partícipe, falta una legislación o una doctrina previa de los tribunales que permita a los operadores jurídicos conocer con razonable certeza el ámbito de su legitimación (arg. art. 394.1 II LEC ).

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

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Se acuerda **dejar sin efecto la ejecución ordinaria despachada** por la cantidad no cubierta en la ejecución hipotecaria antecedente.

**4 Notifíquese** esta resolución a las partes indicándoles que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación (arg. arts. 552.2 y 561.3 LEC ) del que conocería la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. En su caso, el recurso de apelación se interpondrá ante este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación. La admisión del recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

Así lo acuerda, manda y firma S.S.ª Doy fe.