



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2017/2018

CONVOCATORIA JUNIO

**LOS EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA
EN LAS TITULIZACIONES HIPOTECARIAS**

APELLIDOS/NOMBRE ESTUDIANTE:

CANTERO BARRIGA, Noelia

APELLIDOS/NOMBRE TUTOR:

DE PRIEGO FERNÁNDEZ, María Verónica

Fecha: 05/06/2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I. LOS DERECHOS REALES	3
1. NORMATIVA, CONCEPTO Y CARACTERES	3
2. NUMERUS APERTUS Y DISTINCIÓN CON LOS DERECHOS DE CRÉDITO	4
3. CLASIFICACIÓN	5
4. NACIMIENTO, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN	7
4.1. Modos de adquirir	7
4.2. Modificación subjetiva y objetiva	8
4.3. Causas de extinción.....	9
CAPÍTULO II. LA HIPOTECA INMOBILIARIA	9
1. CONCEPTO	9
2. CONTENIDO	12
2.1. Sujetos	12
2.2. Constitución	12
2.3. Obligación garantizada.....	13
2.4 Efectos.....	14
2.5. Extinción	14
3. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA	15
4. LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO	17
CAPÍTULO III. LA TITULIZACIÓN HIPOTECARIA	18
1. ANTECEDENTES: EL MERCADO HIPOTECARIO	18
2. RÉGIMEN JURÍDICO	20
2.1 Definición.....	20
2.2 Particularidades	22
2.3. Marco legal.....	23
3. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL	27
3.1. Concepto	27
3.2. Clases	29
3.3. La falta de legitimación.....	31
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE RESOLUCIONES	35
CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	44

ABREVIATURAS

- **CC:** Código Civil
- **LH:** Ley Hipotecaria
- **RH:** Reglamento Hipotecario
- **DGNR:** Dirección General de los Registros y del Notariado.
- **CE:** Constitución Española
- **LHMPSD:** Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prens Sin Desplazamiento
- **LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil
- **RD:** Real Decreto
- **LMH:** Ley del Mercado Hipotecario
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo
- **SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial
- **LFFE:** Ley de Fomento de la Financiación Empresarial
- **CNMV:** Comisión Nacional del Mercado de Valores
- **LPH:** Ley de Propiedad Horizontal

INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es desvelar las incógnitas sobre la posibilidad de llevar a buen término una ejecución hipotecaria cuando se ha procedido a la titulación previa de dicha hipoteca. El criterio designado para la resolución del conflicto es la determinación de la legitimidad activa por parte de la entidad bancaria.

En otras palabras, el objeto de debate del presente trabajo consiste en el reconocimiento de legitimidad activa en los procesos de ejecución hipotecaria a las entidades financieras, o bien, a los fondos de titulación. De esta forma, la designación legal de uno u otro, determinará una cuestión de tal relevancia social como es la posible paralización de una ejecución hipotecaria.

Dada la complejidad de la materia, la pretensión de la autora ha sido llevar a cabo una labor de síntesis y concisión, que permita arrojar luz en la consecución de este objetivo. Todo ello, a partir de un profundo análisis, tanto del marco legal que creó *ex novo* esta figura –la Ley 19/1992 de 7 de julio–, como de la doctrina teórica que permite la aclaración de conceptos oscuros, y de los numerosos autos y sentencias pronunciados sobre el fondo de la cuestión.

En último lugar, y antes de proceder a su lectura, cabe hacer referencia al esencial interés social que justifica la existencia de este trabajo de investigación. Tras el inicio de la depresión económica global que ha calado profundamente en la estructura socioeconómica de España, no es extraño considerar la relevancia que posee esta materia a nivel de convivencia y paz social.

CAPÍTULO I LOS DERECHOS REALES

1. NORMATIVA, CONCEPTO Y CARACTERES

Los derechos reales se encuentran regulados fundamentalmente en el Libro II del CC, titulado “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”. No obstante, si bien en un primer momento se podría considerar la regulación general de los derechos reales, lo cierto es que la lectura de los distintos títulos y capítulos permite vislumbrar importantes carencias¹.

Según BERCOVITZ, la redacción del Libro II lleva a cabo una regulación sucesiva de determinados derechos reales² y la remisión expresa a la LH³, echando en falta determinadas particularidades como una enumeración concisa en función de la tipología o la inclusión de determinados derechos reales esenciales. Este último es el caso de la prenda, la hipoteca o la anticresis que, debido a la forma de su nacimiento, han derivado su regulación al Título XV del Libro IV, relativo a las obligaciones⁴.

Los derechos reales son derechos subjetivos absolutos, de carácter patrimonial por su valor económico, que otorgan al titular del bien sobre el que recaen un poder directo e inmediato sobre la cosa. Precisamente, de esta facultad se deriva la posibilidad de probar su eficacia *erga omnes*⁵.

Es, por tanto, “un poder directo e inmediato sobre una cosa que concede a su titular un bien⁶ pleno –propiedad- o bien parcial –derecho real en cosa ajena o derecho limitado- sobre aquella, de forma que en el ámbito de poder concedido tiene la cosa sometida a su dominación”⁷.

El origen de la denominación técnica “derechos reales” proviene del sistema jurídico romano, donde se establecían derechos sobre la cosa –*iura in re*- o facultades recayentes sobre esta, permitiendo a su titular ejercitarlas con independencia de la persona que mantuviera la propiedad⁸.

La característica principal⁹ de los derechos reales radica en que dicho derecho recae de forma directa sobre la cosa, sin necesidad de mediación ni acto de terceros para la satisfacción de su interés.

¹ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil: Derechos reales*. 5ª ed, Madrid, Bercal, S.A, 2015, p. 25.

² La propiedad (título II); la comunidad de bienes o copropiedad (título III); la posesión (título V); el usufructo y el uso y la habitación (título VI), y las servidumbres (título VII).

³ Artículo 608 CC: *Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*

⁴ Artículos 1857 a 1886 del CC.

⁵ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., p. 26

⁶ LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. (*Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*. 7ª ed, Madrid, Dykinson, S.L, 2012, p. 117) ponen de relieve que “el concepto de bien es más amplio que el de cosa (...) En realidad, en el tráfico, lo que vale no son las cosas, las ideas o las energías, sino los derechos sobre ellas, si bien en el lenguaje vulgar hablamos de la cosa cuando queremos referirnos al derecho”.

⁷ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, 11ª ed, Madrid, EDISOFER, S.L., 2010, p. 12.

⁸ LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. 23ª ed, Madrid, Editorial Tecnos, 2017, p. 213.

⁹ LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., p. 117.

Para LACRUZ BERDEJO¹⁰, de este concepto de derecho real se derivan tres particularidades propias: a) la inherencia, relativa a la relación inmediata y directa con el bien; b) la exclusividad, referida a la posibilidad de eliminar la acción que desee ejercitar un tercero para perjudicar el derecho real, y c) la reipersecutoriedad, determinada por la influencia del derecho real sobre la cosa, independientemente del lugar donde esta se encuentre y de su poseedor.

A estas características hay que sumar la elasticidad, que, según LASARTE¹¹, hace referencia a “la posibilidad de que el propietario utilice por entero todas las facultades que el ordenamiento jurídico le atribuya y reconozca sobre los bienes que le pertenecen; o que, por el contrario, utilice parte de su poderío sobre la cosa, permitiendo al mismo tiempo que otras personas ejerciten ciertas facultades parciales sobre ella”.

2. NUMERUS APERTUS Y DISTINCIÓN CON LOS DERECHOS DE CRÉDITO

La dispersa regulación de los derechos reales ha originado un debate doctrinal esencial para la determinación del concepto del derecho real. Así, dicha discusión se centra en la duda sobre su *numerus clausus u apertus*¹² y en la distinción con los derechos de crédito¹³.

En cuanto a la primera cuestión, se debate entre la consideración de que los derechos reales son únicamente aquellos que establece la ley sin intervención de las partes –*numerus clausus*- o si se admite la posibilidad de crear nuevos derechos reales a partir del acuerdo entre las partes –*numerus apertus*-.

Si bien es cierto que el debate aún continúa abierto, parece ser que predomina la postura a favor del segundo, precisamente por la relevancia del principio de autonomía de la voluntad y la prioridad del acto jurídico bilateral sobre la regulación jurídica subsidiaria, así como las especificaciones de los artículos 2.2 LH¹⁴ y 7RH¹⁵.

No obstante, aunque el sistema del *numerus apertus* parezca conllevar riesgos para la seguridad del tráfico jurídico, la doctrina considera que no existe amenaza alguna en la creación de derechos reales atípicos. Su fundamento reside, por una parte, en la publicidad que lleva a cabo el Registro de la Propiedad de su contenido y, por otra, a las exigencias de la DGRN.

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 117-118.

¹¹ LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 213-214.

¹² AZNAR, D.: *Derecho Civil IV. Derecho de cosas y tipos de derechos reales* [en línea], Derecho civil. Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna, 24 de enero 2012. Disponible en web: <http://docencia.aznar-abogados.com/modules.php?name=News&file=print&sid=296>.

¹³ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., pp. 33-38.

¹⁴ Art. 2. 2.º LH: *En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán (...) Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.*

¹⁵ Art. 7 RH: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como a cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.*

Según el Profesor AZNAR DOMINGO¹⁶, dichos requisitos, localizados en las diversas resoluciones de la DGRN, se resumen en: a) la existencia de un interés legítimo; b) el acuerdo voluntario y expreso de las partes en su contenido; c) la determinación precisa de su objeto, y d) el cumplimiento de los requisitos formales y su sometimiento a la debida publicidad.

En lo que se refiere a la segunda cuestión, BERCOVITZ¹⁷ considera importantes diferencias entre los derechos reales y los derechos de crédito. En general, basa dicha diferencia en el objeto –bienes específicos para los primeros, conductas humanas de entregar, hacer o no hacer para los segundos-, la facultad de exclusión –derechos absolutos frente a derechos relativos-, la existencia del bien –presente en el patrimonio en los derechos reales, inexistente hasta el pago en los derechos de crédito-, la extinción –con su destrucción para los primeros, permanente en caso de inexistencia sobrevenida para los segundos-, la concurrencia de derechos sobre un mismo bien –imposible en los reales, habituales en los de crédito-, y el margen de autonomía –menor en los reales que en los de créditos-.

3. CLASIFICACIÓN

Una primera clasificación de los derechos reales¹⁸ es aquella que distingue entre:

1. *Totales*: en caso de que una única persona pueda realizar todas las facultades recayentes sobre la propiedad de la cosa
2. *Parciales*: si dichas facultades pueden ser ejercitadas por una pluralidad de personas que tienen atribuidos derechos, de forma simultánea, sobre el mismo bien.
3. *Plenos*: referidos a la propiedad considerada en sí misma, es decir, al derecho total sobre las posibilidades de servicio¹⁹.
4. *Limitados o en cosa ajena*: esta expresión, para LASARTE²⁰, hace referencia a las facultades que recaen sobre una cosa, de forma directa e inmediata, diferenciándose de la propiedad. LACRUZ BERDEJO²¹, por su parte, lo define como “el derecho restringido a un aspecto, una faceta de su aprovechamiento o utilización”. En último lugar, ALBADALEJO²² considera que son poderes directos sobre la cosa relacionados con su propiedad, no porque graven el derecho real de propiedad, sino porque ambos recaen sobre el objeto común de la cosa.

Una segunda clasificación, de carácter tradicional, permite llevar a cabo una organización de los distintos tipos de derechos reales en función de las facultades otorgadas por su contenido. Esta trilogía sistemática es la utilizada por los autores clásicos en los

¹⁶ AZNAR, D.: *Derecho Civil IV. Derecho de cosas y tipos de derechos reales* [en línea], Derecho civil. Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna, 24 de enero 2012. Disponible en web: <http://docencia.aznar-abogados.com/modules.php?name=News&file=print&sid=296>.

¹⁷ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., pp. 33-38.

¹⁸ LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., p. 214.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., p. 118.

²⁰ LASARTE, C. (*Curso de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., p. 214) pone de relieve que el derecho real siempre es absoluto, aunque sea limitado, pues: “el titular de un derecho real, aunque sea limitado, puede ejercitar las facultades que le sean propias, con independencia de quien sea el propietario, actuando directamente e inmediatamente sobre la cosa”.

²¹ LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., p. 118.

²² ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III...*, cit., pp. 22-24.

distintos manuales de derechos reales y, por ello, será la que oriente también el objeto de esta investigación:

1. De goce

LASARTE²³ considera que facultan a su titular al uso y la utilización de cosas cuya propiedad reside en manos de un tercero, y enumera sucesivamente dichos derechos reales; usufructo, uso, habitación, servidumbres y superficies.

Para LACRUZ²⁴, estos derechos reales hacen referencia a una satisfacción parcial o total de la cosa mediante la posesión de una parte o de toda esta, o, en su caso, sin posesión.

Destacando su carácter temporal, si sólo se otorgan por un periodo determinado, o permanente, en caso de que el único límite en el tiempo sea la desaparición de la cosa, BERCOVITZ²⁵ indica que el disfrute o goce de estos derechos reales se consolida a través de la posesión del bien.

Finalmente, ALBADALEJO²⁶ determina que otorgan la facultad de gozar o disfrutar en cuanto a utilizar o aprovechar la cosa objeto del derecho real: “siendo una carga real, verdaderamente no consiste en poder alguno de gozar, en sí misma, de la cosa gravada, sino (...) en facultar al titular para obtener ciertas prestaciones a cargo de dicha cosa. Ahora bien, como tales prestaciones proporcionan un disfrute o aprovechamiento al que las recibe y, en definitiva, gravan económicamente la cosa sobre que pesan, se pueden calificar de derechos de goce (en un sentido económico, o si se quiere, de goce indirecto, en cuanto el goce no se percibe inmediatamente de la cosa) sobre dicha cosa.”

2. De garantía

LACRUZ²⁷ determina que son aquellos “en cuya virtud el valor en venta del bien asegura contra el eventual incumplimiento de una obligación pecuniaria”, como es el caso de la prenda y la hipoteca.

Para ALBADALEJO²⁸, consiste en aquel derecho real cuyo poder reside en posibilitar que, en caso de incumplirse la obligación asegurada se pueda satisfacer la obligación incumplida con su precio. Este último, suma a la prenda y la hipoteca el derecho real de anticresis.

LASARTE²⁹, sin embargo, trata los derechos reales de garantía junto a los derechos reales de adquisición, resaltando la característica común de que ninguno de los dos permite al titular la posibilidad de disfrutar de la cosa sobre la que recae el derecho real con la función del uso.

Como último rasgo definidor, BERCOVITZ³⁰ pone de manifiesto la doble dimensión de los derechos reales de garantía en cuanto a la oponibilidad frente a terceros, ya que contempla tanto a los adquirentes del bien como a los acreedores del titular.

3. De adquisición

²³ LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 214-215.

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 118-120.

²⁵ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., pp. 27-29.

²⁶ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III...*, cit., pp. 22-24.

²⁷ LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 118-120.

²⁸ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III...*, cit., pp. 22-24.

²⁹ LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 214-215.

³⁰ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., pp. 27-29.

Para LACRUZ³¹, generan la posibilidad de solicitar la transmisión de derechos sobre la cosa en beneficio de uno mismo. LASARTE³², como ya se indicó previamente, considera que, al tratarse de los derechos de tanteo y retracto, y de opción inscrita, no faculta al titular para disfrutar del uso de la cosa.

Por otra parte, ALBADALEJO³³ entiende que se trata de aquellos derechos reales por los que el titular tiene la facultad de hacer suya, con el pago de su valor, la cosa objeto de derecho en caso de que el propietario realice una transmisión patrimonial.

En último lugar, BERCOVITZ³⁴ los define como aquellos que permiten al titular del derecho real la posibilidad de adquirir, habitualmente la propiedad, en determinadas circunstancias.

4. NACIMIENTO, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN

4.1. Modos de adquirir

Los modos de adquirir los derechos reales se encuentran en la enumeración legal que realiza el artículo 609 del CC³⁵. De este modo, encontramos: la ocupación, la ley, la donación, la sucesión testada e intestada, ciertos contratos mediante la tradición y la prescripción³⁶.

Sin embargo, se trata de una enumeración incompleta³⁷, e incluso calificada como errónea, ya que: a) no todos los modos son válidos para todos los derechos reales; b) se incluyen figuras que ya quedan indicadas con la expresión de otros conceptos c) omite figuras importantes en este aspecto como la accesión -en cuanto modo exclusivo de adquisición de la propiedad de lo que se une o accede a la cosa objeto del derecho real de propiedad-, o las adquisiciones *a non domino*³⁸.

De este modo, ALBADALEJO³⁹ realiza una enumeración final que, a su juicio, complementa todos los modos de adquirir los derechos reales: ocupación, sucesión mortis causa, usucapión, tradición precedida de contrato -mediante la teoría del título y el modo-, inscripción en el Registro de la Propiedad, accesión, adjudicación por acto de la autoridad, separación de partes del cuerpo humano, y cualesquiera otros hechos a los que la ley atribuya tal efecto.

Frente a las críticas relativas a la redacción legal, BERCOVITZ⁴⁰ determina que “la referencia a la ley como modo transmisivo ha sido tachada de superflua. Sin embargo, si bien es cierto que todos los otros modos lo son porque la ley así lo establece, sí habrá casos en los que es la ley directamente, y sin encajar en los demás modos del artículo 609 CC, la que

³¹ LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 118-120.

³² LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 214-215.

³³ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III...*, cit., pp. 22-24.

³⁴ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., pp. 27-29.

³⁵ Artículo 609 CC: *La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.*

³⁶ BERCOVITZ, R., VALLADARES, E. y DÍEZ, H.: *Manual de introducción al Derecho. Introducción al Derecho. Derecho Civil Patrimonial*. 9ª ed, Madrid, Bercal, S.A., 2015, p. 251.

³⁷ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III...*, cit., pp. 22-24.

³⁸ BERCOVITZ, R. (*Manual de Derecho Civil...*, cit., p. 5) considera que las adquisiciones *a non domino* (del no dueño) suponen sacrificar “el interés del auténtico propietario, que pierde la propiedad, no porque transmita su derecho, sino porque alguien ha adquirido la propiedad de forma originaria”. Así, si es un bien mueble se exige buena fe (art. 464 CC) y si es inmueble se le suma el requisito de la inscripción registral (art. 34 LH).

³⁹ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...*, cit., pp. 124-126.

⁴⁰ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., pp. 45-46.

establezca la adquisición de un derecho”. Del mismo modo, el autor destaca la determinación de la donación como una institución separada de los contratos traslativos que exigen la tradición para efectuar la transmisión del derecho, por lo que esta “no requiere entrega para producir tal efecto transmisivo”.

De cualquier modo, a raíz de este precepto surge la clásica distinción doctrinal⁴¹ entre modos de adquirir originarios, aquellos por los que se adquiere con independencia de un tercero o cualquier otra circunstancia –y, por ende, sin carga alguna-, y los derivativos, aquellos por los que se da la adquisición sobre el derecho anterior de un tercero, con las mismas cargas que pesaban sobre este –rige aquí la regla de que “nadie da lo que no tiene”-.

En la primera clasificación⁴² encontramos, por ejemplo, la ocupación, la usucapión o prescripción adquisitiva o la accesión, mientras que en la segunda se incluyen la sucesión mortis causa (herencias y legados) y la sucesión inter vivos (donación y contratos⁴³ mediante la tradición).

4.2. Modificación subjetiva y objetiva

BERCOVITZ⁴⁴ distingue entre dos modalidades de modificación de los derechos reales en función de que la alteración se produzca respecto al sujeto (modificación subjetiva) o frente al objeto (modificación objetiva):

En primer lugar, se puede hablar de modificación subjetiva, en cuanto “la transmisión del derecho real da lugar a la adquisición derivativa del mismo por un nuevo sujeto, que sustituye a su anterior titular”. De este modo, se puede dar que se produzca la creación de un nuevo derecho real en cosa ajena, cuyo titular continúa siendo el primer propietario, o que, en cambio, se extinga el derecho real en cosa ajena tras la transmisión, a causa de su confusión sobre el mismo objeto.

En segundo lugar, la modificación objetiva se refiere a la alteración del “derecho en sí” como despliegue del *ius disponendi*⁴⁵, esto es, la facultad del titular del dominio relativa a la acción de “obrar físicamente sobre la cosa según su voluntad, y cambiar la forma exterior, así como de disponer jurídicamente cambiándola, renunciándola o enajenándola”⁴⁶.

Hace alusión, por ejemplo, a las consecuencias de la modificación del objeto, la extinción o constitución de derechos reales en cosa ajena que lo gravan, la sumisión a un estatuto distinto, la alteración de facultades propias del dominio o el sometimiento a un acto administrativo.

⁴¹ VICENS, C.P: *Modos de adquirir el dominio. Teoría del título y el modo. Sistemas modernos. Sistema español. Examen de la tradición y la inscripción* [en línea], Notarios y registradores, 1 de junio de 2011. Disponible en web: <https://www.notariosyregistradores.com/opositores/temasdeopositores/n0-ci-037.htm>

⁴² LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial...*, cit., pp. 126-134.

⁴³ *Ibidem* (pp. 126-134) hacen referencia a la teoría del título y el modo, por la que “el contrato (título) no es suficiente para adquirir el dominio o los otros derechos sobre las cosas; siendo necesaria también, para ello, la entrega (modo o tradición) del objeto cuya propiedad se quiere transferir”.

⁴⁴ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., pp. 56-57.

⁴⁵ Expresión latina que significa “derecho de libre disposición”

⁴⁶ PAYNO, M.: *Tratado de la propiedad. Capítulo IX. Propiedad: su definición y distinciones según el derecho romano* [en línea], Biblioteca Virtual Antorcha. Disponible en web: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/propiedad/9.html

4.3. Causas de extinción

Finalmente, es necesario finalizar este capítulo haciendo referencia a la distinción⁴⁷ entre la pérdida y la extinción de los derechos reales. Así, mientras que la primera deriva de la transmisión del derecho real a un tercero con la consiguiente pérdida para su anterior titular, la segunda consiste en la eliminación completa del objeto del derecho. De este modo, aunque la pérdida no supone extinción, la extinción siempre conlleva pérdida.

Así, se reconocen las siguientes causas⁴⁸ de extinción de los derechos reales:

1. *Pérdida de la cosa*: la pérdida o destrucción de la cosa ha de ser total para que se produzca la extinción del derecho real, puesto que, de lo contrario, se trataría de una modificación objetiva.
2. *Consolidación*: hace referencia a la imposibilidad de que concurren, sobre un mismo sujeto, las facultades del titular dominical y las cualidades del titular del derecho real que grava la propiedad.
3. *Renuncia*: es el negocio jurídico unilateral por el cual el titular de un derecho real decide voluntariamente extinguir su derecho real, sin perjuicio de terceros.
4. *Abandono*: consecuencia de la renuncia y consistente en la “desposesión de la cosa”.
5. *Revocación*: el cambio de voluntad del transmitente supone la devolución de la cosa al patrimonio del primer titular y, por ende, la extinción de la propiedad del segundo adquirente.
6. *Expropiación forzosa*: en cuanto acto administrativo regido por motivos de utilidad pública e interés social⁴⁹, puede recaer sobre el dominio o sobre cualquier otro derecho real.
7. *Caducidad por expiración del término o falta de uso*: BERCOVITZ⁵⁰ suma una última causa de extinción, basada en el establecimiento de determinados derechos reales en cosa ajena –puesto que la propiedad carece de plazo alguno- durante un tiempo determinado.

CAPÍTULO II LA HIPOTECA INMOBILIARIA

1. CONCEPTO

Los derechos reales de garantía son aquellos que “facultan a su titular para promover la venta (ejecución) del bien objeto de los mismos, para satisfacer con el importe del precio obtenido el cobro de un crédito en los supuestos de incumplimiento de la obligación por parte del deudor”⁵¹. Es lógico, por tanto, que con esta definición se haga referencia, esencialmente, a los derechos reales de hipoteca y prenda.

Los caracteres esenciales de estos derechos reales de garantía son: a) accesoriedad: su existencia se basa en una garantía de cumplir una obligación preexistente; b) indivisibilidad:

⁴⁷ *Extinción y pérdida de los derechos reales* [en línea], Iberley. Disponible en web:

<https://www.iberley.es/temas/extincion-perdida-derechos-reales-60189>

⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derechos reales en general*. 9ª ed, Madrid, Editorial Tecnos, 2016, pp. 63-65.

⁴⁹ Artículo 33.3 CE: *Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

⁵⁰ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., p. 59.

⁵¹ *Ibidem*, p. 28.

la garantía existe hasta el cumplimiento total de la obligación objeto de garantía; c) facultades de realización del valor y de preferencia: en cuanto a la facultad de realización del valor –el incumplimiento de la obligación principal genera la posibilidad de que el acreedor inste la enajenación o venta en pública subasta de la cosa- y a la facultad de preferencia –el acreedor goza de un crédito privilegiado que le permite cobrar antes que otros acreedores respecto del precio obtenido por el bien enajenado-; d) especialidad: en cuanto el derecho real de garantía recae exclusivamente sobre el bien gravado; y e) reipersecutoriedad: el acreedor tiene la facultad de instar su derecho frente a cualquier persona, incluido un tercer adquirente o poseedor⁵².

Sin embargo, existen importantes diferencias entre la prenda y la hipoteca. Así, mientras que la primera “recae sobre bienes muebles y exige un desplazamiento posesorio, la segunda no requiere traspaso de la posesión y tiene por objeto bienes inmuebles”⁵³.

Por los motivos que orientan la realización de esta investigación, es obligación manifiesta profundizar en el concepto de hipoteca inmobiliaria. Así, en un primer acercamiento, los artículos 104 LH (Título V) y 1876 CC determinan que: “*La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*”.

De este modo, la hipoteca⁵⁴ es un derecho inmobiliario y de garantía que supone el sometimiento de una finca gravada a la responsabilidad de cumplir una deuda adquirida, con la consiguiente venta de la finca para recibir el importe de la prestación pecuniaria en caso de incumplimiento.

LASARTE⁵⁵, por su parte, considera que se trata de “un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad que otorga la sujeción inmediata de ciertos bienes inmuebles ajenos que, continuando en posesión de su dueño, quedan afectos en garantía al cumplimiento de una obligación principal y eventualmente a su venta o adjudicación en subasta pública”.

Como características principales, además, destacan el carácter inmobiliario, la ajenidad y alienabilidad de los bienes gravados, la continuidad del goce posesorio por parte de su propietario o legítimo poseedor y la indivisibilidad de la hipoteca⁵⁶.

Por otro lado, es necesario hacer referencia a los artículos 106⁵⁷ y 107 LH⁵⁸, pues en ellos se encuentra una lista tasada con todos los bienes y derechos susceptibles de hipoteca.

⁵² LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial*..., cit., p. 264.

⁵³ BERCOVITZ, R., VALLADARES, E. y DÍEZ, H.: *Manual de introducción al Derecho. Introducción al Derecho*..., cit., p. 297.

⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial*..., cit., p. 191.

⁵⁵ LASARTE, C.: *Compendio de derechos reales. Derechos reales e hipotecario*. 2ª ed, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 214.

⁵⁶ SAAVEDRA, E. (“La formación del derecho real de hipoteca y de la Ley Hipotecaria”, *Actualidad Civil*, 1999, tomo 3, ref. XLIV, p. 831) afirma que el “origen concreto del pignus conventum o hipoteca se encuentra en el arrendamiento de fundos rústicos, en el acuerdo entre el arrendador y el arrendatario, por el que se afectaban al pago del canon debido los invecna (apeaderos de labranza) y los illatas (semovientes que llevaba a la finca y de los que se servía para el cultivo), que el arrendatario introducía en el fundo, quedándose de este modo en poder de éste último, y constituyendo así la garantía del pago”.

⁵⁷ Artículo 106 LH: *Podrán ser hipotecados:*

1.º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción.

2.º Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes.

⁵⁸ Artículo 107 LH: *Podrán también hipotecarse:*

1.º El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se

Del mismo modo, el artículo 108 LH⁵⁹ especifica aquellos derechos reales que no pueden ser objeto de constitución de hipoteca.

Sin embargo, si bien estos son los aspectos generales de la hipoteca, se deben tener en cuenta las distintas variedades. Así, podemos hablar de una clasificación tradicional basada en hipotecas:

1. *Voluntarias y legales* (reguladas en el artículo 137 LH⁶⁰): las primeras⁶¹ son fruto del acuerdo entre las partes o de la imposición del propietario de la cosa sobre la que recae, y tienen carácter expreso. Las segundas, por su parte, se basan en una disposición legal específica, y pueden ser⁶² expresas –en cuyo caso, se debe inscribir en el Registro de la Propiedad- o tácitas –no se requiere inscripción-.

2. *Ordinarias o de tráfico y de seguridad*⁶³: en las primeras, la inscripción registral recoge los elementos que constituyen el crédito hipotecario, por lo que el acreedor puede instar la ejecución basándose en los datos publicados. Sin embargo, en las segundas, la inscripción

cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin.

2.º *La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario.*

3.º *Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.*

4.º *El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho.*

5.º *Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real.*

6.º *Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.*

7.º *Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que, si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial.*

8.º *El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria. Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no sólo subsistirá la hipoteca, sino que ésta recaerá directamente sobre los bienes retraídos.*

9.º *Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.*

10.º *Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante.*

11.º *Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º Número 11 del artículo 107 redactado por Ley 49/1960, 21 julio («B.O.E.» 23 julio), sobre Propiedad Horizontal.*

12.º *El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial (...).*

⁵⁹Artículo 108 LH: *No se podrán hipotecar:*

1.º *Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.*

2.º *Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil.*

3.º *El uso y la habitación.*

⁶⁰ Artículo 137 LH: *Las hipotecas son voluntarias o legales.*

⁶¹ BLASCO, F.: *La hipoteca inmobiliaria* [en línea], Tirant Lo Blanch. Disponible en web:

https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema%2032_todo%20civil%203-3-2015

⁶² DE TIEDRA, J.: *Clases de hipoteca* [en línea], Derecho en Red. Disponible en web:

<https://www.infoderechocivil.es/2014/12/clases-hipoteca.html>

⁶³ BERCOVITZ, R., VALLADARES, E. y DÍEZ, H.: *Manual de introducción al Derecho...*, cit., p. 300.

registral recoge sólo los datos básicos de dichos elementos, sin detalles exhaustivos. De esta manera, la indeterminación puede conllevar consecuencias negativas para el acreedor o la cuantía del crédito.

2. CONTENIDO

2.1. Sujetos

Según BLASCO⁶⁴, los posibles sujetos de la hipoteca son:

1. *Sujeto activo*: es el acreedor hipotecario o acreedor de la relación jurídica obligacional garantizada. En otras palabras, aquel sujeto que ve nacer a su favor un crédito asegurado a través de un derecho real de garantía.

2. *Sujeto pasivo*: se corresponde con el “propietario de la finca o titular del derecho real hipotecado, con independencia de que sea o no también deudor personal del crédito garantizado”. Así, puede coincidir, o no, con el sujeto hipotecante.

3. *Hipotecante no deudor*: se trata de un tercero que, “sin estar obligado personalmente, hipoteca voluntariamente un bien propio en garantía de una deuda ajena”.

4. *Tercer poseedor*: su definición se contempla en el artículo 81.2 LHMPD⁶⁵. Se trata del adquirente de la finca, en todo o en parte, considerado un tercero debido a su condición de no sujeción al cumplimiento de la obligación sobre la que recae el derecho real de hipoteca. De este modo, en atención a la doctrina mayoritaria, es un “deudor que responde, pero no debe”.

2.2. Constitución

El régimen de constitución de la hipoteca se encuentra en los artículos 145LH⁶⁶ y 1875 CC⁶⁷. En base a ellos, cabe destacar que la nota característica de la hipoteca es su obligatoria y esencial naturaleza registral, es decir, que el documento público con el que se inicia la constitución debe ser presentado en el Registro de la Propiedad⁶⁸.

Es evidente, por tanto, que para el ordenamiento jurídico español⁶⁹ la inscripción registral tiene valor constitutivo. Esto es así tanto para las hipotecas voluntarias, como indica el artículo 145 LH, como para las hipotecas legales, a tenor del artículo 159 LH⁷⁰. Así, la hipoteca “no queda constituida como tal y *erga omnes*, sino con la extensión que resulte registrada”.

⁶⁴ BLASCO, F.: *La hipoteca inmobiliaria* [en línea], Tirant Lo Blanch. Disponible en web:

https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema%2032_todo%20civil%203-3-2015

⁶⁵ Artículo 81.2 LHMPD: *A los efectos de esta Ley, tercer poseedor es el que adquiera, de conformidad con el artículo 4.º, los bienes hipotecados o pignorados, o sea con el consentimiento del acreedor.*

⁶⁶ Artículo 145 LH: *Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:*

1.º *Que se hayan constituido en escritura pública.*

2.º *Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.*

⁶⁷ Artículo 1875 CC: *Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.*

⁶⁸ LASARTE, C.: *Derechos reales y derecho hipotecario. Principios de Derecho civil V.* 8ª ed, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 51

⁶⁹ SANTOS, J., SIERRA, I., GONZÁLEZ, P., MARTÍNEZ, J.M. y PAZ, J.M.: *Tratado de Derecho civil. Tomo II: Derecho de cosas.* 1ª ed, Barcelona, Bosch, S.A., 2003, p. 436.

⁷⁰ Artículo 159 LH: *Para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan.*

Cabe, además, hacer alusión a la forma de constitución propia de la hipoteca, y es que se “exige la existencia de un convenio⁷¹, pacto o contrato (...) estipulado entre el acreedor hipotecario y el hipotecante”, de modo que debe respetar los requisitos de validez generales de los contratos⁷². Sin embargo, la forma exigida para dicho contrato es, siempre, el documento público, ya que de ser privado o verbal tan sólo constituiría una promesa de hipoteca⁷³.

En consecuencia, si bien es cierto que la hipoteca requiere título constitutivo para su inscripción, no se puede considerar que, como derecho real, siga las directrices de la teoría del título y el modo. La base de este razonamiento reside en la ausencia de traditio o entrega, pues no se produce el desplazamiento posesorio del bien hipotecado⁷⁴.

2.3. Obligación garantizada

La hipoteca, como derecho real de naturaleza constitutiva, recae sobre el bien inmueble con la finalidad de asegurar la “satisfacción forzosa⁷⁵ de un crédito –que garantiza– mediante la concesión, al titular del mismo, de la facultad de instar la realización del valor de los bienes hipotecados, en el caso de impago del crédito referido”.

En este sentido, no es extraña la pregunta sobre la clase de obligaciones que se pueden garantizar mediante la hipoteca. Así, pudiendo ser la obligación⁷⁶ garantizada condicional –suspensiva o resolutoria–, pura, de dar, hacer, no hacer, solidaria, mancomunada, futura, etc. Lo cierto es que, teniendo en cuenta la naturaleza dineraria de la hipoteca, surge el inconveniente de que tan sólo se puede garantizar “la responsabilidad dineraria” que se derive del incumplimiento.

De hecho, de esta forma se establece en su régimen legal, localizado en los artículos 1861CC⁷⁷ y 105 LH⁷⁸. Todo ello en consonancia con el artículo 12 LH⁷⁹, por el que cobra eficacia jurídica la evidencia de que, lógicamente, la naturaleza de la obligación garantizada “debe constar en la inscripción registral”. Así pues, “la exacta determinación del importe de la obligación asegurada es absolutamente necesaria, en todo caso: no cabe constituir hipoteca alguna sin expresar el importe de la obligación garantizada”⁸⁰.

⁷¹ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., pp. 350-351

⁷² Artículo 1261 CC: *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

1.º *Consentimiento de los contratantes.*

2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato*

3.º *Causa de la obligación que se establezca.*

⁷³ Artículo 1862 CC: *La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.*

⁷⁴ CALLEJO, S. y DE PRADA, M.: “La hipoteca como el instrumento del proceso de ejecución hipotecaria”, *Diario La Ley*, 2014, nº 8432, p. 3.

⁷⁵ ROGEL, C.: *Manuales Básicos. Derecho de cosas*. Barcelona, Cálamo Producciones Editoriales S.L.U, Barcelona, 2002, p. 285.

⁷⁶ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., pp. 367-368.

⁷⁷ Artículo 1861 CC: *Los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria.*

⁷⁸ Artículo 105 LH: *La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil.*

⁷⁹ Artículo 12 LH: *En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.*

⁸⁰ LASARTE, C.: *Derechos reales y derecho hipotecario. Principios de Derecho civil V*. 8ª ed, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 51

2.4 Efectos

El carácter de derecho real de garantía que reviste a la hipoteca determina que los efectos⁸¹ principales dependen del cumplimiento de la obligación garantizada. Así, en caso de que se cumpla correctamente la obligación principal, se produce la extinción de la hipoteca a través de la cancelación registral.

Si, por el contrario, el sujeto pasivo o deudor hipotecario incumple la obligación asegurada, el acreedor podrá llevar a cabo la ejecución de los bienes objeto de hipoteca para hacer efectiva la garantía real. Además, en cualquier caso, el acreedor puede incoar la acción de deterioro o devastación⁸² si el deudor deteriora la cosa o el derecho a través de su conducta.

Según MORENO QUESADA, los requisitos para la acción de deterioro o devastación son el deterioro de la finca objeto de hipoteca, la disminución de su valor y que la causa de dicha devastación sea la culpa, dolo o voluntad del propietario. De ser así, “el juez mandará al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño; y si insistiere después en el abuso, dictará nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial”⁸³.

2.5. Extinción

Siguiendo a PUIG BRUTAU⁸⁴, podemos distinguir entre:

1. Causas de extinción de la obligación garantizada

La hipoteca, como derecho accesorio, se extingue por las causas de extinción de la obligación principal garantizada. Así, se aplica el régimen de extinción común a todas las obligaciones, referido al pago o cumplimiento, la pérdida de la cosa, la condonación, la confusión, la compensación y la novación⁸⁵.

2. Causas de extinción de la hipoteca ajenas a la obligación principal

- Renuncia del acreedor que no perjudique a un tercero ni al orden público
- Acuerdo entre el propietario y el acreedor
- Pérdida material o jurídica del bien hipotecado

⁸¹ *Ibidem*, pp. 98-99.

⁸² Artículo 117 LH: *Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia, poniendo el inmueble en administración judicial. En todos estos casos se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

⁸³ SANTOS, J., SIERRA, I., GONZÁLEZ, P., MARTÍNEZ, J.M. y PAZ, J.M.: *Tratado de Derecho civil...*, cit., p. 441.

⁸⁴ BLASCO, F.: *La hipoteca inmobiliaria* [en línea], Tirant Lo Blanch. Disponible en web: https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema%2032_todo%20civil%203-3-2015

⁸⁵ Artículo 1156 CC: *Las obligaciones se extinguen:*

Por el pago o cumplimiento.

Por la pérdida de la cosa debida.

Por la condonación de la deuda.

Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.

Por la compensación.

Por la novación.

- Consolidación de la ejecución hipotecaria
- Consecuencia de la ejecución de una hipoteca preferente
- Confusión de derechos,
- Caducidad, por transcurso del plazo o cumplimiento de condición resolutoria
- Prescripción a los 20 años.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la cancelación de la hipoteca no se produce de forma automática, sino que, como “derecho de constitución registral⁸⁶ que es (...) no se extingue mientras no se cancele⁸⁷ registralmente su inscripción”⁸⁸.

Además, se especifica en el artículo 144 LH⁸⁹ que el convenio realizado entre el acreedor y el propietario con la finalidad de modificar la eficacia de la obligación no tiene efecto alguno salvo constancia en el Registro de la Propiedad, ya sea mediante nueva inscripción o cancelación de nota marginal.

3. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

El acreedor hipotecario tiene a su favor la facultad de interponer una serie de acciones para ver satisfecho su derecho. De este modo, encontramos la acción de deterioro o devastación, ya mencionada, la acción personal y la acción real.

La acción personal⁹⁰, deriva del artículo 1911 CC⁹¹ y, por tanto, del principio de responsabilidad ilimitada del deudor. De este modo, procede del carácter de derecho personal que posee el crédito hipotecado, por lo que “sólo puede ejercitarse contra el deudor de la obligación y afecta a todo el patrimonio de éste”.

Por otra parte, el acreedor hipotecario también puede optar por la acción real, que afecta únicamente al bien objeto de hipoteca, dirigiéndose contra cualquiera que sea titular del bien. Así, hace referencia a la facultad de, una vez vencido y no satisfecho el crédito, “ejecutar⁹² los bienes hipotecados. Cuando la obligación principal no se ha cumplido se va proceder a la ejecución de la hipoteca”, de modo que “el acreedor hipotecario (...) tendrá que proceder a la enajenación de los mismos (bienes inmuebles objeto de hipoteca), es decir, a la realización de su valor”.

Para la ejecución de esta acción, la ley ofrece al acreedor hipotecario “una serie de opciones procesales entre las que puede elegir, basándose su decisión en lo

⁸⁶ ROGEL, C.: *Manuales Básicos. Derecho de cosas...*, cit., p. 304.

⁸⁷ Artículo 76 LH: *Las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona.*

⁸⁸ Artículo 164 LH: *Las hipotecas legales inscrites subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubiere constituido, y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias.*

⁸⁹ Artículo 144 LH: *Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos.*

⁹⁰ CANDELA, J.: *Manual para técnico documental en Notarías. Tomo II.* 2ª ed, Madrid, Dykinson S.L., 2009, p. 221.

⁹¹ Artículo 1911 CC: *Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.*

⁹² NICOLÁS, B.: *Facultades del acreedor hipotecario* [en línea], Derecho en Red. Disponible en web: <https://www.infoderechocivil.es/2013/12/facultades-acreedor-hipotecario.html>

que estime más conveniente para la defensa de su derecho y siempre que concurren los presupuestos procesales”. Dichas opciones⁹³ son:

1. Procedimiento ordinario

Hace referencia al juicio declarativo ordinario en función de la cuantía. Si bien esta opción es viable, no es lo normal, puesto que se trata de un procedimiento lento que elimina la opción de acudir a la tutela judicial ejecutiva y supone tener que declarar el derecho por contar con un título ejecutivo no judicial.

2. Procedimiento ejecutivo

El legislador ha previsto distintos tipos de procedimientos con la finalidad de que el acreedor pueda optar por la alternativa que mejor se adapte a sus intereses:

2.1. *Procedimiento general de ejecución*⁹⁴: regulado en los artículos 517 y siguientes de la LEC, ligados con los artículos 126 y 127 de la LH.

2.2. *Procedimiento especial de ejecución*: regulado en los artículos 681 a 698 LH.

2.3. *Procedimiento extrajudicial ejecutivo*: regulado en el artículo 129 LH y en los artículos 234 a 236 RH.

A causa de la falta de uso del procedimiento ordinario y extrajudicial en el objeto de estudio de esta investigación, resulta interesante centrarse en el régimen jurídico de los dos procedimientos ejecutivos principales: el general y el especial.

I) Procedimiento general de ejecución

El artículo 126 LH⁹⁵ establece la facultad del acreedor hipotecario de instar el juicio ejecutivo ordinario, regulado en la LEC. Conforme a este precepto, “la incoación del procedimiento ejecutivo ordinario puede llevarse a efecto tanto si los bienes hipotecados pertenecen aún al deudor hipotecario cuanto si han pasado a manos de un tercer poseedor”⁹⁶. Además, el título ejecutivo para el proceso general de ejecución es la escritura pública de constitución de hipoteca⁹⁷, que el acreedor deberá dirigir contra todos los bienes del deudor —a diferencia del proceso especial de ejecución, que sólo atenta contra el bien objeto de hipoteca—. Puesto que este proceso se rige por las normas de la ejecución dineraria, se presentará demanda ejecutiva junto al título ejecutivo, despachando ejecución “en forma de orden y decreto (...) y, una vez embargados los bienes, se realizarán según las normas del procedimiento de apremio”.

II) Procedimiento especial de ejecución

Este procedimiento nace como un cauce privilegiado para tutelar los derechos del acreedor hipotecario. Su regulación reside en los artículos 681 LEC⁹⁸ y siguientes, como una

⁹³ MONTERO, A.: *Las ejecuciones hipotecarias* [en línea], Tirant Lo Blanch. Disponible en web: https://www.tirant.com/libreria/actualizaciones/Tema%2051_Todo.pdf

⁹⁴ ROGEL, C.: *Manuales Básicos. Derecho de cosas...*, cit., pp. 299-300.

⁹⁵ Artículo 126.1 LH: *Cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil se persiguieren bienes hipotecados, y éstos hubiesen pasado a poder de un tercer poseedor, podrá el acreedor reclamar de éste el pago de la parte de crédito asegurada con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido judicialmente o por Notario.*

⁹⁶ LASARTE, C.: *Derechos reales y derecho hipotecario...*, cit., p. 130.

⁹⁷ MARTÍNEZ, A.: *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*, 1ª ed, Madrid, Editorial LA LEY, 2010.

⁹⁸ Artículo 681.1 LEC: *La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo.*

“actividad jurisdiccional ejecutiva limitada a la realización de la garantía”⁹⁹. Se trata de una “acción real emprendida por el acreedor contra los bienes hipotecados (...) y contra el deudor principal, así como contra el hipotecante no deudor o adquirente de los bienes”¹⁰⁰. Para poder instar el procedimiento especial es necesario que concurren los presupuestos del artículo 682.2 LEC¹⁰¹, es decir: la determinación del valor de los bienes tasados y del domicilio del deudor, a efectos de notificaciones, en la escritura pública.

4. LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

El acreedor hipotecario tiene en su poder una serie de derechos referentes a su posición jurídica. Uno de ellos, a destacar en este epígrafe, hace referencia a la posibilidad regulada en el artículo 1878 CC¹⁰² de ceder a un tercero, en todo o en parte, el crédito unido a la hipoteca.

Hay que tener en cuenta que “la cesión del crédito hipotecario no modifica, sin embargo, la composición subjetiva de la relación hipotecaria”, pues “el adquirente del crédito o cesionario se subrogará en la posición jurídica del cedente”¹⁰³.

El respaldo legal de esta figura se asienta sobre el artículo 1112 CC¹⁰⁴ en materia de transmisión de derechos, aunque su regulación específica está recogida en la legislación especial de la LH.

El artículo 149 LH¹⁰⁵ es la base para la contemplación de esta figura y, además, establece los requisitos formales necesarios para su validez; es decir, la constancia en escritura pública y la inscripción registral.

Sin embargo, si bien es cierto que, generalmente el otorgamiento de escritura pública es considerado un requisito necesario de la cesión¹⁰⁶, lo cierto es que la inscripción en el Registro de la Propiedad no es una exigencia constitutiva. De este modo, la inscripción únicamente se tendrá en cuenta a efectos de oponibilidad frente a terceros¹⁰⁷.

⁹⁹ CALLEJO, S. y DE PRADA, M.: “La hipoteca como el instrumento del proceso de ejecución hipotecaria”, cit., p. 1.

¹⁰⁰ LOPERA, M.: *El procedimiento de ejecución hipotecaria* [en línea], Economist&Jurist. Disponible en web: <http://marimon-abogados.com/wp-content/uploads/2016/12/681-Arti%CC%81culo-Mario-en-EJ-12-16.pdf>

¹⁰¹ Artículo 682.2 LEC: *Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.*

2.º Que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. También podrá fijarse, además, una dirección electrónica (...).

¹⁰² Artículo 1878 CC: *El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley.*

¹⁰³ LASARTE, C.: *Derechos reales y derecho hipotecario...*, cit., p. 98.

¹⁰⁴ Artículo 1112 CC: *Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario.*

¹⁰⁵ Artículo 149 LH: *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.*

¹⁰⁶ LASARTE, C.: *Derechos reales y derecho hipotecario...*, cit., p. 108.

¹⁰⁷ BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil...*, cit., p. 25.

Efectivamente, de esta forma se pronunció la jurisprudencia al establecer que “la inscripción es meramente declarativa, y, en consecuencia, sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello, la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios”¹⁰⁸.

Por su parte, en lo que se refiere a la capacidad para ceder el crédito hipotecario, GUILARTE y J.M. GARCÍA consideran que se requiere “capacidad para disponer bienes inmuebles”, mientras que PEÑA considera que la transmisión es un efecto directo de la transmisión del crédito¹⁰⁹.

Cabe destacar que el cedente deberá informar al deudor de la cesión –salvo obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador¹¹⁰–, bajo la posibilidad de incurrir en responsabilidad por los perjuicios causados al deudor¹¹¹. Todo ello, siempre que el deudor no renuncie en escritura pública al derecho de que se le comunique la cesión¹¹².

Finalmente, no se puede obviar, en este sentido, la conclusión lógica a la que llega LASARTE¹¹³ al indicar que la omisión de notificación al deudor “perpetúa la responsabilidad del cedente, pero no se pone en duda la eficacia de la cesión realizada”. Por lo tanto, se puede deducir que la ausencia de la puesta en conocimiento al deudor no afectará a validez de la cesión.

CAPÍTULO III LA TITULIZACIÓN HIPOTECARIA

1. ANTECEDENTES: EL MERCADO HIPOTECARIO

La Ley 2/1981, de 25 de marzo, desarrollada reglamentariamente por el RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LMH y otras normas del sistema hipotecario y financiero pretende “facilitar la afluencia de recursos, de inversores y pequeños ahorradores, al sector inmobiliario, mediante la intervención profesional de ciertas entidades financieras (Bancos y Cajas de Ahorros, fundamentalmente)”¹¹⁴.

LASARTE¹¹⁵ explica que el contexto en el que se enmarca la creación de la LMH reside en la emisión de títulos hipotecarios, que tiene su origen en el cobro del crédito asegurado por la garantía real, con la inconveniencia de que se trata de una relación establecida a largo plazo. Además, a esto se suma la posibilidad de dificultar la concesión de préstamos hipotecarios por falta de liquidez.

¹⁰⁸ STS de 23 de noviembre de 1993. Recuperado de: <https://www.iberley.es>

¹⁰⁹ BLASCO, F.: *La hipoteca inmobiliaria* [en línea], Tirant Lo Blanch. Disponible en web: https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema%2032_todo%20civil%203-3-2015

¹¹⁰ Artículo 150 CC: *Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro.*

¹¹¹ Artículo 151 CC: *Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta*

¹¹² ROGEL, C.: *Manuales Básicos. Derecho de cosas...*, cit., p. 304.

¹¹³ LASARTE, C.: *Derechos reales y derecho hipotecario...*, cit., pp. 108-110.

¹¹⁴ LASARTE, C.: *Compendio de derechos reales...*, cit., p. 253.

¹¹⁵ LASARTE, C.: *Derechos reales y derecho hipotecario...*, cit., pp. 111-112

Para evitar esta situación, el autor indica que se recurre a la figura de la refinanciación, es decir, a la emisión de títulos al público con la finalidad de que inversores y ahorradores la suscriban. De este modo, la entidad financiera “garantiza la devolución del capital invertido, junto a los correspondientes intereses (...); dicha garantía (además de la solvencia de la propia entidad emisora y de los mecanismos generales de protección del crédito) se consigue afectando la cartera de créditos hipotecarios propia de la entidad al pago de los títulos hipotecarios”. Todo ello, generalmente, a través de tres tipos de títulos hipotecarios: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

En lo que se refiere a estos títulos hipotecarios, cabe destacar una serie de aspectos esenciales para la continuación de la investigación:

-Son títulos valores de fácil transmisión.

-Los titulares de las cédulas y los bonos poseen, a modo de garantía para la recuperación del capital y los intereses, un “crédito preferente, una acción ejecutiva y una hipoteca”.

-Los titulares de las participaciones hipotecarias son cotitulares del crédito de forma simultánea a la entidad emisora. No obstante, puesto que, tal y como indica el Registro de la Propiedad, el verdadero titular es el segundo, se ha creado un “régimen paralelo al de la cesión (...) sin necesidad de escritura pública ni de inscripción. Por tanto, las participaciones tienen un régimen jurídico específico (el partícipe sólo podrá instar la ejecución del crédito hipotecario, si la entidad financiera no la promueve cuando resulte procedente)”.

-Los títulos hipotecados permiten su transmisión –a diferencia de la cesión de crédito– sin necesidad de escritura pública ni puesta en conocimiento del deudor, a excepción de las participaciones.

Estos títulos hipotecarios han sido el recurso utilizado por el ordenamiento jurídico para “aumentar la negociabilidad de las hipotecas que están en el patrimonio de la entidad prestamista y además con un alto grado de control por el respaldo legal con que cuentan. La homogeneidad de los créditos y la normalización de estas operaciones hipotecarias son aspectos efectivos contrarrestados por la complejidad y alto coste del proceso de titulación”¹¹⁶.

La LMH fue reformada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, debido a que, como indica su Preámbulo, “la coyuntura favorable en los últimos años de nuestro mercado hipotecario e inmobiliario” necesitaba “mejoras regulatorias y técnicas que fomenten la innovación y permitan un alto grado de flexibilidad a las entidades emisoras de estos títulos”.

Dichas mejoras se guían, según la LH, por dos objetivos. Por un lado, “la eliminación de obstáculos administrativos que pesaban esencialmente sobre la figura de los bonos hipotecarios” y, por otro, “una mayor sofisticación desde el punto de vista financiero de las emisiones de cédulas y bonos hipotecarios”.

Además, lleva a cabo una especial atención a las entidades de gestión, teniendo en cuenta que “las entidades emisoras ya no son sólo Bancos y Cajas de Ahorro, sino también cooperativas y establecimientos financieros de crédito”¹¹⁷.

¹¹⁶ ANGUITA, R.M.: *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*. Madrid, Dykinson S.L., 2005, p. 72.

¹¹⁷ Artículo 2 LH: *Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen: a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,*

Finalmente, respecto al régimen de transmisión de títulos hipotecarios, cabe hacer una especial alusión al artículo 37 del RD 716/2009, de 24 de abril¹¹⁸, puesto que en su redacción se vislumbra una clara intención de flexibilizar el mercado hipotecario y facilitar la transmisión de dichos títulos. Dicho artículo determina un régimen jurídico más permisivo en las formas de transmisión de los títulos hipotecarios –en comparación con el propio de la cesión del crédito hipotecario– en lo referente a los modos de transmisión. De esta forma, se admite cualquier medio admisible en Derecho, sin supervisión del fedatario público ni obligación de informar al deudor.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

2.1 Definición

El primer acercamiento al marco jurídico de la titulización en España parte de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria. Por ende, el primer objeto de regulación en materia de titulización fue el préstamo hipotecario. Posteriormente, ante el éxito de la titulización hipotecaria, el legislador decidió ampliar la posibilidad de titulización a cualquier derecho de crédito a través del RD 926/1998, que regula los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras¹¹⁹.

No obstante, a pesar de que el régimen jurídico de la titulización de activos fue posterior a la titulización hipotecaria, es necesario comenzar con la aclaración de esta primera en pos de arrojar mayor luz sobre la segunda modalidad. De este modo, CASTILLO MARTÍNEZ¹²⁰ define la “titulización de activos” como:

“El proceso por cuya virtud determinados activos de una entidad financiera, en principio ilíquidos o de escasa liquidez, se convierten en títulos o valores negociables mediante su cesión a un Fondo de Titulización que se encarga de emitir dichos valores con el propósito de ser colocados en el mercado entre los inversores –usualmente institucionales–, posibilitando de este modo a la entidad crediticia transmisora potenciar la financiación de su actividad sin tener que acudir al recurso, usualmente más costoso, de la solicitud de crédito o, en su caso menos sencillo, de la ampliación de capital”.

De este modo, se procede a la transformación de una serie de activos financieros de baja solvencia en un instrumento “negociable, líquido y con unos flujos de pago” que se coloca en el mercado. Las ventajas de este proceso residen en el bajo coste que supone para la entidad emisora y la posibilidad de diversificar el posible, aunque bajo, riesgo existente.

Ahora bien, el proceso de titulización de activos es verificado por una entidad intermediaria denominada Fondo de Titulización, cuya administración corresponde a una Entidad Gestora. Según la citada autora, el rol del Fondo de Titulización consiste en “obtener

b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, c) las cooperativas de crédito, d) los establecimientos financieros de crédito.

¹¹⁸ Artículo 37 RD: *Los títulos hipotecarios serán transmisibles por cualquiera de los medios admitidos en derecho y sin necesidad de intervención de fedatario público ni notificación al deudor. Cuando sean nominativos podrán transmitirse por declaración escrita en el mismo título.*

¹¹⁹ GARCÍA, A. y GARCÍA, I.: “Nuevas tendencias en el mercado de la titulización de activos: el fomento de la titulización sintética en España”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Editorial Wolters Kluwer, 2015, nº 16, p. 1.

¹²⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulización de créditos garantizados con hipoteca y ejecución hipotecaria”, *Actualidad civil*, Editorial LA LEY, 2016, nº 9, p. 1.

los activos originarios de la entidad crediticia y emitir nuevos títulos en el mercado financiero” con el objetivo de llevar a cabo la transmisión de activos. Estos serán adquiridos en el mercado, tras un “proceso de agregación y transformación que permite la conversión de los activos ilíquidos recibidos en otros valores negociables en el mercado”.

Otra definición es la llevada a cabo por RAVINA¹²¹ al establecer que se trata de un mecanismo de financiación por el que una entidad convierte un derecho de crédito en valores de renta fija que les permite adoptar un carácter negociable en el mercado de valores.

Así, la titulación ha sido utilizada como un instrumento de refinanciación por parte de las entidades de crédito, cuya finalidad es monetizar los créditos, sin necesidad de esperar a su vencimiento, con la finalidad de obtener liquidez y continuar con la concesión de financiación.

En este sentido, se debe comprender la “titulación hipotecaria” como una modalidad específica de la titulación de activos, cuya regulación básica la encontramos en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulación Hipotecaria. Esta nueva figura intermediaria, el Fondo de Titulación Hipotecaria y su sociedad gestora, incorpora en su activo participaciones hipotecarias de los derechos de crédito derivados de préstamos hipotecarios. Por lo tanto, la Ley 19/1992 determina¹²², al regular su composición, que el único activo posible es la participación hipotecaria, sin posibilidad de incluir otro derecho de crédito¹²³.

Así, “mediante la combinación de las participaciones hipotecarias (en el activo del fondo de titulación hipotecaria) y los bonos de titulación hipotecaria (en el pasivo del fondo) salían los créditos hipotecarios de las carteras de las entidades de crédito que los habían generado y, tras su “empaquetado” en el fondo, se “transformaban” en valores (bonos) negociables en mercados secundarios, que conferían a sus titulares una (...) titularidad sobre las participaciones hipotecarias que constituían el fondo de titulación hipotecaria”¹²⁴.

Este fenómeno jurídico propio de la “financiación estructurada” comenzó en España durante los años noventa, bajo la cobertura legal del Mercado Hipotecario, con la finalidad de “abaratar los préstamos para la adquisición de vivienda” y contribuir, de este modo, a reactivar el mercado hipotecario. De hecho, España se ha convertido en uno de los países líderes por volúmenes de emisión y extensión del crédito¹²⁵.

La regulación de la titulación hipotecaria realizada en 1992 fue elaborada como una reglamentación autónoma de la normativa general relativa a la titulación de activos, basada principalmente en las participaciones hipotecarias –base de los bonos de titulación–. Si bien la calidad de la titulación fue muy elevada y la posibilidad de riesgo mínima, lo cierto es que el objetivo de fluidez se vio truncado por “la pasividad de sus emisores potenciales”. Así, el exdirector General del Banco de España, POVEDA ANADÓN¹²⁶, ha determinado que las causas de este comportamiento residen en la solvencia de las entidades de crédito y la “falta de oportunidades de inversión alternativa en una fase de baja demanda de crédito por parte de las empresas”.

¹²¹ RAVINA, P.: “Nuevo régimen jurídico de la titulación en España”, *La Ley Mercantil*, Editorial Wolters Kluwer, 2015, nº 15, p. 1.

¹²² Artículos 5 y 6 de la Ley 19/1992.

¹²³ RAVINA, P.: “Nuevo régimen jurídico de la titulación...”, cit., p. 2.

¹²⁴ MADRID, A.: “Nueva regulación de la titulación en la Ley 5/2015”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Editorial Wolters Kluwer, 2015, nº 16, p. 1.

¹²⁵ GARCÍA, A. y GARCÍA, I.: “Nuevas tendencias en el mercado...”, cit., p. 1.

¹²⁶ ANGUITA, R.M.: *Aspectos críticos en la estructura...*, cit., p. 73.

Con base en estas directrices, ANGUITA¹²⁷ concluye determinando que “no obstante, no deja de sorprender el contraste entre el buen comportamiento del crédito hipotecario con la baja actividad emisora del mercado, especialmente en esta modalidad de titulación hipotecaria”.

2.2 Particularidades

El proceso de titulación es un complejo instrumento jurídico cuya realización, posea en su activo una participación hipotecaria o cualquier otro derecho de crédito, conlleva la puesta en marcha de tres fases diferenciadas¹²⁸:

1º. La cesión de los activos

Para el caso de las titulaciones hipotecarias se incluyen, además, una serie de características específicas:

-La entidad cedente debe llevar a cabo una transmisión, total y sin condiciones, del crédito al fondo, hasta su vencimiento.

-La entidad obtiene como contraprestación “el valor de mercado de los activos transmitidos y, en su caso, las posibles comisiones devengadas por efectivos servicios prestados”.

2º. Conformación o estructuración financiera

En esta etapa, los activos objeto de cesión se convierten en la nueva composición del activo del fondo, de modo que dichos activos transmitidos “permiten absorber el abono de los nuevos valores negociables emitidos a su cargo”.

3º. Emisión de nuevos valores negociables en el mercado

Los valores negociables en los que se han transformado los activos cedidos adquieren forma de título y se presentan como tal ante los inversores. Estos, junto con los préstamos y aportaciones obtenidos “con el propósito de financiar el proceso de estructuración financiera o intensificar la solvencia de los nuevos títulos emitidos”, pasan a constituir el pasivo del fondo.

Además, cabe hacer referencia a la distinción tipológica que la doctrina ha realizado de las titulaciones, en función del instrumento utilizado para la transmisión del riesgo. Así, CASTILLO MARTÍNEZ¹²⁹ permite distinguir entre:

1. Titulaciones tradicionales

La entidad cedente lleva a cabo la cesión total de los activos a un instrumento especial—el Fondo de Titulación— que, posteriormente, emite títulos al mercado con los que permite la compra de los activos.

Esta tipología siempre requiere la existencia de un intermediario y la emisión de títulos, ya que “dicha oferta conlleva la obtención de liquidez para el originador, de manera que a estos valores de titulación, tras el abono de las correspondientes comisiones de gestión y administración, les corresponde un derecho preferente sobre los flujos de capital e intereses de los activos financieros adquiridos, resultando emitidos los valores según un determinado orden de prelación de los pagos”.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 73.

¹²⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulación de créditos...”, cit., p. 3.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 2.

2. Titulaciones sintéticas

Se trata de aquellas titulaciones que transmiten el riesgo de crédito de una cartera de activos a través de la contratación de garantías sin la necesaria cesión del crédito, de modo que el riesgo de crédito surge a partir de la contratación y permite transferir una parte del riesgo de la cartera. A consecuencia, la falta de necesidad de financiar la compra de una cartera determina el carácter potestativo de la emisión de valores.

2.3. Marco legal

Según RAVINA¹³⁰, el inicio de la regulación de la titulación hipotecaria comienza con la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el Régimen de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria, así como sobre los Fondos de Titulación Hipotecaria.

“Se consolida en nuestro país la regulación del proceso de titulación de créditos hipotecarios con el evidente propósito de reducir los costes de obtención de los préstamos dirigidos a la adquisición de la vivienda pues cuanto más saneada y sólida se encuentre la economía de la entidad crediticia condeciente mejores condiciones podrá ésta ofrecer al prestatario en la contratación dirigida a la financiación de su vivienda”¹³¹.

Posteriormente, se extiende la regulación de la titulación a otra tipología de activos—en específico, derechos de crédito—, a través del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación.

“El régimen de la titulación en España descansaba en normas de rango legal, que versaban sobre la titulación hipotecaria, y en normas de rango reglamentario, que se ocupaban del régimen general de la titulación de activos, exclusión hecha de aquellos de naturaleza hipotecaria. Se pretendía un régimen jurídico único, pero de hecho lo que existía era una significativa dispersión normativa entre normas de rango legal sucesivamente modificadas, y una disposición reglamentaria que, en sentido estricto, no desarrollaba el contenido de los preceptos legales”¹³².

RAVINA¹³³ considera que, “si bien es cierto que la Ley 19/1992 y el RD 926/1998 conformaron un régimen jurídico robusto que dotó de una considerable seguridad jurídica a las emisiones españolas, los distintos operadores venían reclamando que el sistema adolecía de ciertas rigideces (...), lo cual penalizaba el mercado español respecto del de otras jurisdicciones de nuestro entorno”.

La Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial, se ha consolidado como el texto refundido que unifica la dispersa regulación jurídica de los actualmente denominados Fondos de Titulación, sin distinción entre Fondos de Titulación de Activos y Fondos de Titulación Hipotecaria. De este modo, ambos “estarán regidos normativamente de manera unitaria, si bien los fondos de titulación hipotecaria ya existentes al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 coexistirán con la nueva categoría creada hasta que progresivamente alcancen su extinción”¹³⁴.

Así lo expone el título III de la LFFE a través de la denominación “Régimen jurídico de las titulaciones”, por lo que se esclarece la ausencia de diferenciación entre titulación hipotecaria y titulación de activos. En este sentido, la LFFE ha derogado la legislación

¹³⁰ RAVINA, P.: “Nuevo régimen jurídico de la titulación...”, cit., p. 2.

¹³¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulación de créditos...”, cit., pp. 3-4.

¹³² MADRID, A.: “Nueva regulación de la titulación en la Ley 5/2015”, cit., p. 3.

¹³³ RAVINA, P.: “Nuevo régimen jurídico de la titulación...”, cit., p. 2.

¹³⁴ CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulación de créditos...”, cit., p. 5.

anterior, siendo especialmente relevante por la materia de esta investigación la derogación de los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 19/1992¹³⁵.

De la extensa redacción de dichos artículos, conviene destacar una serie de aspectos fundamentales para la comprensión de la composición de los fondos de titulización. Así, en el primer apartado del artículo 5 “Fondos de Titulización Hipotecaria” de la citada Ley 19/1992 se prevé que:

“Para la emisión de los valores a que se refiere este artículo deberán constituirse agrupaciones de participaciones hipotecarias denominadas «Fondos de Titulización Hipotecaria. Los Fondos 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.”

Por su parte, el artículo 6 “Sociedades gestoras de Fondos de Titulización Hipotecaria” dispone que:

“1. La constitución de Fondos de Titulización Hipotecaria se llevará a cabo por sociedades gestoras especializadas, denominadas precisamente «Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización Hipotecaria», que tendrán en ésta su objeto exclusivo. Las Sociedades Gestoras podrán tener a su cargo la administración y representación legal de uno o más Fondos. 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.

2. La creación de Sociedades Gestoras requerirá autorización del Ministro de Economía y Hacienda, que se otorgará previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Una vez autorizadas deberán inscribirse en el Registro especial abierto al efecto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (...)

3. Las Sociedades Gestoras y los Fondos de Titulización Hipotecaria que administren quedarán sujetos al régimen de supervisión, inspección y, en su caso, sanción por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.”

Finalmente, el artículo 7 “Modificación de la escritura pública de constitución de fondos de titulización hipotecaria y de fondos de titulización de activos” establece lo siguiente:

“1. La escritura pública de constitución de un fondo, sea de titulización hipotecaria o de titulización de activos, podrá ser modificada de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo. En todo caso, la modificación deberá instarse por la sociedad gestora encargada de la administración y representación legal del fondo.

2. La modificación no podrá en ningún caso: a) alterar la naturaleza de los activos cedidos al fondo, b) transformar un fondo de titulización hipotecaria en uno de titulización de activos, o viceversa, o, c) suponer, de facto, la creación de un nuevo fondo.”

No obstante, a pesar de la derogación de estos artículos, es necesario atender a la disposición transitoria séptima “Régimen transitorio de los fondos de titulización” de la LFFE, por la que se establece que:

¹³⁵ MADRID, A.: “Nueva regulación de la titulización en la Ley 5/2015”, cit., p. 5.

“1. Los Fondos de Titulización Hipotecaria y los Fondos de Titulización de Activos que se hubiesen constituido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su extinción por las disposiciones que les resultasen aplicables en el momento de su constitución, con la excepción de las normas de transparencia de los artículos 34¹³⁶ y 36¹³⁷, que serán de inmediata aplicación a la entrada en vigor de esta Ley y el artículo 35 que será de aplicación a los informes anuales e informes trimestrales que se publiquen transcurridos doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley.

2. Asimismo, los Fondos de Titulización Hipotecaria y los Fondos de Titulización de Activos que se encuentren en proceso de aprobación y registro por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y se constituyan en los dos meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley podrán regirse, hasta su extinción, por las disposiciones aplicables con anterioridad a su entrada en vigor. No obstante, las normas de transparencia de los artículos 34 y 36 serán de inmediata aplicación a la entrada en vigor de esta Ley y el artículo 35¹³⁸ será de aplicación a los informes anuales e informes trimestrales que se publiquen transcurridos doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley”.

De este modo, MADRID¹³⁹ determina que “las normas están derogadas, pero su posible aplicación se prolongará en el tiempo sin que se haya fijado una fecha tope final. Esta dependerá de la existencia y duración de fondos constituidos al amparo de las normas derogadas en los términos que establece la disposición transitoria séptima”.

¹³⁶ Artículo 34 LFFE. Obligaciones de información: 1. De cada uno de los fondos que gestionen y en los términos previstos en esta Ley, las sociedades gestoras de fondos de titulización deberán publicar en su página web: a) La escritura de constitución y, en su caso, las demás escrituras públicas otorgadas con posterioridad, b) el folleto de emisión y, en su caso, sus suplementos, y c) el informe anual y los informes trimestrales. 2. La sociedad gestora deberá poder acreditar en cualquier momento el cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en el apartado anterior. 3. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá determinar la forma, contenido y demás condiciones de elaboración y publicación de la información a la que se refiere este capítulo.

¹³⁷ Artículo 36 LFFE. Comunicación de hechos relevantes: 1. La sociedad gestora deberá comunicar de manera inmediata cualquier hecho específicamente relevante para la situación o el desenvolvimiento de cada fondo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a los acreedores del mismo, salvo que se trate de un fondo cuyos valores no hayan sido admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Se considerarán hechos relevantes específicamente para el fondo aquéllos que puedan influir de forma sensible en los valores emitidos, en su caso, y en los elementos que integran su activo. 2. Se habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para determinar la forma, el contenido y los plazos de comunicación de hechos relevantes.

¹³⁸ Artículo 35 LFFE. Informe anual e informes trimestrales: 1. El informe anual deberá contener: a) Cuentas anuales debidamente auditadas, acompañadas del correspondiente informe de auditoría. b) Una relación desglosada de los activos cedidos al fondo, de acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. c) Una relación desglosada de los pasivos del fondo, de acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. d) En su caso, indicación del importe de los compromisos que se deriven de los instrumentos derivados contratados. e) El desglose de las comisiones satisfechas y conceptos de las mismas. f) Un informe sobre el cumplimiento de las demás reglas de funcionamiento del fondo establecidas en la escritura de constitución. En caso de que la sociedad gestora realice una gestión activa, un informe sobre el cumplimiento de las políticas de gestión de activos y de riesgos. g) Cualquier otra información que pueda determinar la Comisión Nacional del Mercado de Valores. 2. El informe anual deberá remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para su inscripción en el registro correspondiente, en los cuatro meses siguientes a la finalización del ejercicio anterior. 3. Los informes trimestrales, que tendrán la información a que se refieren las letras b) a g) del apartado 1 de este artículo, habrán de remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en los dos meses siguientes a la finalización del trimestre natural, que los incorporará al registro correspondiente. 4. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberán sujetarse los estados financieros de los fondos y el alcance y contenido de los informes especiales de auditores u otros expertos independientes.

¹³⁹ MADRID, A.: “Nueva regulación de la titulización en la Ley 5/2015”, cit., p. 5.

De forma general, cabe destacar una serie de novedades introducidas por la LEFE con la finalidad de “*avanzar en el desarrollo de medios alternativos de financiación, sentando las bases regulatorias necesarias para fortalecer las fuentes de financiación corporativa directa o financiación no bancaria en España*”¹⁴⁰. Entre aquellas dirigidas a las entidades crediticias, como acreedoras hipotecarias, cabe destacar las siguientes:

- Concepto¹⁴¹: los Fondos de Titulización, sin las peculiaridades propias de cada tipo de fondo, son “patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, con valor patrimonial neto nulo”. De este modo, la ausencia de personalidad jurídica justifica la existencia de la sociedad gestora.

- La constitución del Fondo de Titulización¹⁴²: se establecen una serie de requisitos procesales como la exigencia de presentación del escrito de solicitud de constitución por la sociedad gestora ante la CNMV; el registro y la aportación en dicho órgano de un proyecto de escritura pública, la documentación acreditativa necesaria; la presentación de los informes elaborados por la sociedad gestora, el autor de cuentas u otro experto independiente; y la aprobación y registro de un folleto sobre la constitución del fondo en la CNMV, entre otros.

- Activo titulizable¹⁴³: se admite la posibilidad de incorporar al activo del Fondo de Titulización tanto derechos de crédito incluidos en el activo del cedente –“cualquier derecho de crédito” a pesar de que el legislador tan sólo mencione “las participaciones hipotecarias que correspondan a préstamos (...) así como los certificados de transmisión de hipoteca”¹⁴⁴–, como derechos de créditos futuros que supongan ingresos relevantes y cuya transmisión conste de forma contractual.

- Remate e inscripción del inmueble gravado a favor del fondo de titulización¹⁴⁵: hace referencia a la posibilidad de inscribir la propiedad y otros derechos reales sobre los bienes inmuebles que pertenecen a los fondos de titulización en el Registro de la Propiedad, así como otros bienes que son susceptibles de suscripción en el Registro correspondiente. Con ello, “se excepciona la exigencia de la tenencia de personalidad jurídica para ser titular registral” y se permite que, desde la entrada en vigor de la LFFE, se puedan inscribir aquellos bienes inmuebles que sean objeto de remate en una ejecución hipotecaria a favor del Fondo de Titulización.

- El conocimiento de la cesión por el deudor cedido¹⁴⁶: cabe destacar la “persistencia del necesario conocimiento por parte del deudor hipotecario cedido de la cesión del crédito hipotecario, por tratarse de una exigencia legal justificada, muy especialmente a los efectos de poder evitar el efecto liberatorio del pago realizado al originario acreedor hipotecario”.

¹⁴⁰ Preámbulo I de la LFFE.

¹⁴¹ MADRID, A.: “Nueva regulación de la titulización en la Ley 5/2015”, cit., p. 7.

¹⁴² *Ibidem*, p. 16.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 8.

¹⁴⁴ Disposición adicional cuarta LFFE. Certificados de transmisión de hipoteca: *1. Las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, 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 se denominarán «certificados de transmisión de hipoteca. Las sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán hacer participar a terceros en los préstamos y créditos garantizados por hipoteca sobre inmuebles situados en España concedidos por ellas mediante la emisión de certificados de transmisión de hipoteca, en los términos establecidos en esta disposición adicional.*

¹⁴⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulización de créditos...”, cit., p. 8.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 9.

- Régimen jurídico de las sociedades gestoras¹⁴⁷: el órgano encargado de llevar a cabo el procedimiento de autorización es la CNMV, en un plazo de seis meses, entendiendo que, en caso de silencio, se trata de una aceptación tácita. Del mismo modo, se establecen una serie de exigencias como la “obligatoria separación (...) de las unidades de cumplimiento normativo, control de riesgos y auditoría interna respecto a las unidades operativas” o “la obligación (...) de contar con un reglamento de conducta, procedimientos y mecanismos de control interno (...), mecanismos de control y de seguridad en el ámbito informático, órganos y procedimientos para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (...)”, entre otros.

3. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL

3.1. Concepto

Por conflicto jurídico o litigio se entiende aquella controversia jurídica iniciada por quien reclama frente a aquel que se opone, ante el órgano jurisdiccional competente. De esta definición se deduce, inevitablemente, la necesaria existencia de las partes en el proceso, entendiéndose por estas “las personas (físicas o jurídicas) que se constituyen en sujetos de un proceso para pretender en él la tutela jurídica y que, por tanto, asumen la titularidad de las relaciones que en el mismo se creen, con los derechos, las cargas y las responsabilidades inherentes”¹⁴⁸.

En este sentido, la legitimación hace referencia a la “facultad de poder actuar en el proceso, como actor, como demandado o como tercero, o representando a estos”¹⁴⁹. Así, se trata de una institución de carácter procesal, cuya regulación actúa en el proceso con la consideración de verdaderas normas procesales. Por esta razón, a pesar de que, tradicionalmente, ha sido determinada por nuestro Derecho como un simple presupuesto de una sentencia de fondo, en realidad se alza como un presupuesto procesal¹⁵⁰.

Su regulación legal se encuentra en el artículo 10 LEC, “Condición de parte procesal legítima”, al establecer que “*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.*”

La legitimación nos remite directamente a la capacidad para ser parte o, en otras palabras, a la “aptitud para ser titular de derechos y obligaciones”, en una equivalencia procesal con el concepto de capacidad jurídica¹⁵¹. De este modo, el artículo 6 LEC, “Capacidad para ser parte”, determina que:

¹⁴⁷ RAVINA, P.: “Nuevo régimen jurídico de la titulación...”, cit., p. 13.

¹⁴⁸ IGLESIAS, M.: *Las partes del proceso (capacidad, postulación y legitimación)* [en línea], Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Disponible en web: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/28/estudio2.pdf

¹⁴⁹ CAMPOS, M.: *Capítulo XIV. Consideraciones procesales* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/18.pdf>

¹⁵⁰ BUENDÍA, M.C.: *Tratamiento procesal de la legitimación en la LEC 1/2000* [en línea], Revista Jurídica Valenciana, núm.12, enero-junio de 2003. Disponible en web: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num12/art%2012/Tratamiento%20procesal%20de%20la%20legitimaci%C3%B3n%20en%20la%20LEC%201-2000.htm

¹⁵¹ IGLESIAS, M.: “Las partes del proceso (capacidad, postulación y legitimación)” [en línea], *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Disponible en web: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/28/estudio2.pdf

“Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: 1.º Las personas físicas. 2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables. 3.º Las personas jurídicas. 4.º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración. 5.º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte 6.º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte. 7.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. 8.º Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.”

En este sentido, CAMPOS¹⁵² determina que no debe confundirse la legitimación procesal con la capacidad jurídica, puesto que la primera hace referencia a la cualidad que posee una persona para estar atribuido de determinadas potestades, mientras que la segunda es “la idoneidad de la persona para actuar en el juicio, inferida no de sus cualidades personales sino de su posición respecto del litigio”.

Finalmente, cabe destacar que la redacción actual de la LEC establece las cuestiones relativas a la capacidad procesal, entendida como un sinónimo de capacidad de obrar desde el ámbito procesal. Se trata, por tanto, de la “capacidad para poder realizar (...) actos procesales bien por sí mismos, o mediante un representante nombrado por la propia parte”¹⁵³. Su regulación se encuentra en el artículo 7 LEC, titulado “Comparecencia en juicio y representación”, por el que:

“1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.

3. Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido.

4. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen.

5. Las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren.

6. Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades.

7. Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.

¹⁵² CAMPOS, M.: *Capítulo XIV. Consideraciones procesales* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en web:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/18.pdf>

¹⁵³ IGLESIAS, M.: “Las partes del proceso (capacidad, postulación y legitimación)” [en línea], *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Disponible en web:

http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/28/estudio2.pdf

8. Las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal.”

3.2. Clases

Las distintas tipologías a tratar en este estudio parten de una necesaria constatación jurisprudencial del contenido de la legitimación, en pos de realizar un análisis adecuado de los distintos autos y sentencias pronunciados sobre esta materia.

1. Legitimación *ad procesum* (para el proceso) y legitimación *ad causam* (para el litigio)

La distinción¹⁵⁴ entre ambos conceptos desapareció tras la entrada en vigor de la LEC de 7 de enero de 2000, en la que se diferencia la capacidad procesal de la legitimación, entendiendo esta última como la legitimación *ad causam*¹⁵⁵.

De este modo, resulta especialmente relevante la SAP de Córdoba, de 24 de abril, de 2006, por la que la “*legitimatío ad procesum*, que en la vigente LEC se denomina como capacidad para ser parte y capacidad procesal” consiste “en la capacidad para ser parte procesal, es decir, la capacidad que es necesario ostentar para ser sujeto de una relación procesal y poder realizar actos procesales válidos y con eficacia jurídica”, mientras que la “*legitimatío ad causam*, que en la vigente LEC se denomina simplemente legitimación”, es aquella “relacionada con la pretensión que se ha formulado en el proceso, ya que es la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es precisamente esta persona y no otra la que debe figurar en él, ya sea en concepto de actor o de demandado”.

En este sentido, la SAP de Las Palmas, de 22 de junio de 2006, determina que “la falta de legitimación *ad causam* es cuestión preliminar al fondo pero se puede exigir un examen del fondo¹⁵⁶ o que mientras la falta de legitimación *ad procesum* equivale a la falta de capacidad procesal, la falta de legitimación *ad causam* equivale a la falta de acción. La pura excepción procesal sólo persigue el fin de impedir que las cuestiones debatidas sean discutidas, y en su caso resueltas, sin la previa justificación de que la parte demandante o demandada tenga la capacidad o representación necesaria para actuar como parte”.

2. Legitimación activa y legitimación pasiva

La diferenciación entre ambos tipos de legitimación depende de la parte procesal en la que se sitúe el sujeto. De este modo, la legitimación activa reside, por la redacción del artículo 10.1 LEC, en los “*titulares de la relación jurídica*”, mientras que la legitimación pasiva encuentra su fundamento legal en el artículo 5.2 LEC al referirse “*a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida*”.

De este modo, CAMPOS¹⁵⁷ entiende por legitimación activa aquella “potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que inicie la tramitación del juicio o de una instancia”. Por otra parte, entiende la legitimación pasiva como “la legitimación de una persona contra la que se endereza una demanda para poder actuar en el juicio, dado que se está entablando en su contra y tiene la necesidad de defenderse jurídicamente”.

¹⁵⁴ TABOADA, R.: “Excepciones procesales: falta de legitimación” [en línea], *Publicaciones Didácticas*, núm. 64, noviembre de 2015. Disponible en web:

<http://publicacionesdidacticas.com/hemeroteca/articulo/064012/articulo-pdf>

¹⁵⁵ STS de 20 de febrero de 2006. Recuperado de: <https://vlex.es/>

¹⁵⁶ STS de 2 de septiembre de 1996. Recuperado de: <https://vlex.es/>

¹⁵⁷ CAMPOS, M.: *Capítulo XIV. Consideraciones procesales* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en web:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/18.pdf>

3. Legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria¹⁵⁸

El artículo 10.1 LEC, previamente desarrollado, alude al concepto de legitimación, determinando lo que la doctrina considera legitimación ordinaria. Por tal se entienden aquellos “supuestos en los que se actúa en nombre propio derechos propios, de manera que las personas legitimadas activa y pasivamente en la relación jurídico procesal coinciden con las personas que aparecen como titular y obligado del derecho subjetivo”.

Sin embargo, el artículo 10.2 LEC se refiere a la atribución legal de facultades para actuar en el proceso con la finalidad de defender derechos ajenos, propios de los titulares originarios de la relación jurídica. Este concepto, denominado legitimación extraordinaria por la doctrina, incluye distintos supuestos que tienen como factor común una separación entre la titularidad de la relación jurídica y la legitimación para intervenir válidamente en el proceso. De forma general, se pueden distinguir los siguientes tipos de legitimación extraordinaria:

- Por interés público: hace referencia al reconocimiento como parte del Ministerio Fiscal por cuestiones de interés público para defender intereses ajenos.

- Por sustitución: hace alusión a una serie de supuestos en los que la ley faculta a un tercero para defender “en nombre e interés propio derechos subjetivos que se afirman de otro”, de modo que “la parte del proceso será el sustituto y no el sustituido y la sentencia afecta directamente a ambos”. Dentro de esta tipología encontramos la acción subrogatoria¹⁵⁹, las acciones propias del usufructuario¹⁶⁰, el derecho del arrendador frente al subarrendatario¹⁶¹, o el derecho del mandante contra el sustituto determinado por el mandatario¹⁶².

- Representativa: se refiere a los supuestos en los que se actúa por derechos ajenos, pero, a diferencia de la anterior, su defensa se hace en nombre e interés de un tercero. A modo de ejemplo, podemos citar la representación del Presidente en una Comunidad de Propietarios¹⁶³.

¹⁵⁸GUTIÉRREZ, Z., LARENA, J., MONJE, O. y BLANCO, J.: *El proceso civil. Parte general, el juicio verbal y el juicio ordinario*. 4ª ed, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 62-64.

¹⁵⁹ Artículo 1111 CC: *Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.*

¹⁶⁰ Artículo 507 CC: *El usufructuario podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada o diera la fianza correspondiente. Si estuviese dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituirla, o la constituida no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar dichos créditos. El usufructuario con fianza podrá dar al capital que realice el destino que estime conveniente. El usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado*

¹⁶¹ Artículo 1552 CC: *El subarrendatario queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, considerando no hechos los pagos adelantados, a no haberlos verificado con arreglo a la costumbre.*

¹⁶² Artículo 1721 CC: *El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto: 1.º Cuando no se le dio facultad para nombrarlo. 2.º Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo.*

Artículo 1722 CC: *En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto.*

¹⁶³ Artículo 13.3 LPH: *El presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten.*

3.3. La falta de legitimación

1. En general

Para GUERRA¹⁶⁴, “la legitimación, tanto activa como pasiva, sin duda suscita problemas prácticos: la delimitación del concepto y su distinción con otros presupuestos procesales, el momento de su alegación, la subsanabilidad o no de su falta, la posible apreciación de oficio, el momento de su resolución (...)”.

En este sentido, BUENDÍA¹⁶⁵ considera que el juez tiene la obligación de proceder a un análisis de oficio sobre la existencia de la legitimación activa y pasiva, sin perjuicio de que la parte demandada pueda pronunciarse sobre ello en las alegaciones. De este modo, su determinación debe realizarse como una cuestión previa, es decir, “con anterioridad al dictado de la sentencia sobre el fondo”.

Así se pronuncia el artículo 416 LEC relativo al “Examen y resolución de cuestiones procesales, con exclusión de las relativas a jurisdicción y competencia”, por el que se establece lo siguiente:

“1. Descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes: 1.ª Falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases; 2.ª Cosa juzgada o litispendencia; 3.ª Falta del debido litisconsorcio; 4.ª Inadecuación del procedimiento; 5.ª Defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvenición, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca.

2. En la audiencia, el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de esta Ley. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de lo previsto en la ley sobre apreciación por el tribunal, de oficio, de su falta de jurisdicción o de competencia.”

Cabe destacar que la posibilidad de apreciar falta de legitimación como cuestión previa es posible en diversos supuestos, pudiendo tratarse de un defecto subsanable cuyo efecto es su necesario saneamiento, “retro trayendo el procedimiento a un momento procesal inmediatamente anterior”, o de un defecto insubsanable por “falta de legitimación activa o en pasiva en sentido estricto”, siendo la consecuencia el archivo de las actuaciones con el correspondiente sobreseimiento. No obstante, cuando se haya producido en virtud de sentencia, se deberá absolver en la instancia para el caso de que el defecto procesal fuera subsanable, o declarar la nulidad de las actuaciones si reviste de un carácter insubsanable¹⁶⁶.

2. En las ejecuciones hipotecarias de créditos titulizados

¹⁶⁴ GUERRA, M.: *La falta de legitimación: ¿Cuestión de fondo o de forma? ¿Puede subsanarse? ¿Cuándo debe resolverse?* [en línea], Editorial Jurídica Sepín, 4 de febrero de 2015. Disponible en web:

<https://blog.sepin.es/2015/02/falta-de-legitimacion-subsanacion-resolucion/>

¹⁶⁵ BUENDÍA, M.C.: *Tratamiento procesal de la legitimación en la LEC 1/2000* [en línea], Revista Jurídica Valenciana, núm.12, enero-junio de 2003. Disponible en web:

https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num12/art%2012/Tratamiento%20procesal%20de%20la%20legitimaci%C3%B3n%20en%20la%20LEC%201-2000.htm

¹⁶⁶ BUENDÍA, M.C.: *Tratamiento procesal de la legitimación en la LEC 1/2000* [en línea], Revista Jurídica Valenciana, núm.12, enero-junio de 2003. Disponible en web:

https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num12/art%2012/Tratamiento%20procesal%20de%20la%20legitimaci%C3%B3n%20en%20la%20LEC%201-2000.htm

El inicio de esta cuestión surge a raíz de la “persistente crisis económica y su consecuente incremento de los impagos, afectante muy especialmente a los generados por los préstamos hipotecarios”. Este hecho, supuso un aumento del número de demandas de ejecución hipotecaria con la finalidad de satisfacer el cobro de las deudas por parte de las entidades financieras y crediticias¹⁶⁷.

De este modo, la autora considera que la frecuente titulación de los préstamos hipotecarios, objeto de los procedimientos hipotecarios actuales, ha propiciado el actual debate sobre la legitimación activa *ad causam* para aquellos casos en los que el demandante es el banco cedente.

Todo ello reabre la discusión sobre “la constancia tabular de la titularidad del crédito hipotecario en las cesiones de hipotecas (...) que empieza a resolverse desde el acertado presupuesto de que la titulación implica una cesión crediticia”. Esta, a su vez, conlleva como consecuencia “que la entidad que concedió el crédito o préstamo deja de ser la acreedora del mismo, a través de su cesión al fondo de titulación”.

El artículo 15 de la LMH establece que “*las entidades a que se refiere el artículo segundo¹⁶⁸ 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*”.

De este modo, cabe destacar que el régimen jurídico de las “sociedades instrumentales dedicadas a operaciones de titulación figura en el Reglamento (CE) n.º. 24/2009 del Banco Central Europeo, de 19 de diciembre de 2008 y en la Orientación BCE/2008/31 de 19 de diciembre de 2008”. Por su parte, el artículo¹⁶⁹ 26.3 del RD 716/2009, de 24 de abril, entiende que, a pesar de que la participación confiere al titular los derechos expresados en la ley, el emisor posee la custodia y administración del crédito hipotecario, así como la titularidad parcial de este. De esta norma, se puede deducir que la legitimación ordinaria para el caso de instar la ejecución hipotecaria se atribuye al emisor de las participaciones, salvo que concurren los supuestos establecidos para la legitimación extraordinaria por subrogación del titular de la participación por la cuantía de esta¹⁷⁰.

Según ACHON¹⁷¹, cabe destacar la unificación de criterios producida el día 15 de julio de 2015 por los Jueces de 1ª Instancia de Barcelona, donde se acordó que, en caso de que el crédito hipotecario fuese objeto de titulación, de forma previa a la emisión de participaciones o certificaciones de transmisión de hipoteca, “la legitimación activa para la ejecución hipotecaria, para la ejecución ordinaria o la continuación de aquella por esta vía la

¹⁶⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulación de créditos...”, cit., pp. 9-10.

¹⁶⁸ Artículo 2 LMH: *Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen: a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito, b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, c) las cooperativas de crédito, d) los establecimientos financieros de crédito.*

¹⁶⁹ Artículo 26.3 RD 716/2009: 3. *La participación confiere a su titular los derechos que se establecen en la ley y los que se expresen en aquélla. El emisor conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo, abonando a los partícipes, incluso en caso de pago anticipado, el porcentaje que les corresponda en lo percibido del deudor hipotecario por concepto de capital e intereses de acuerdo con las condiciones de la emisión.*

¹⁷⁰ ACHON, M. J.: “Problemas de legitimación activa en el procedimiento hipotecario (titulaciones, cesiones de créditos sin reflejo registral, “retracto” del crédito cedido)”, *Diario La Ley*, Editorial Wolters Kluwer, 2017, n.º 8963, pp. 1-5.

¹⁷¹ ACHON, M. J.: “Problemas de legitimación activa...”, cit., p. 3.

ostenta el Banco emisor de dichas participaciones o certificados”. Del mismo modo, “resulta ajustado a derecho la cesión del remate por el ejecutante adjudicatario al Fondo de Titulización hipotecaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria”.

En este sentido, cabe citar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona, de 3 de mayo de 2016, que considera legitimada a la entidad emisora ejecutante, a pesar de que el Fondo de Titulización ostenta la titularidad del crédito hipotecario. De este modo, la entidad cedente continúa siendo la titular registral del crédito, bajo la posibilidad de realizar todos aquellos actos necesarios en su rol de administración y gestión¹⁷².

Por otra parte, conviene destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, de 17 de septiembre de 2015, así como el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 3 de marzo de 2016, que reconocen legitimación activa a la entidad cedente por considerarse la titulización un instrumento financiero ajeno a la venta o cesión del crédito hipotecario¹⁷³.

Otro argumento interesante, en la misma corriente judicial, es el asentado por el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 12 de abril de 2016, que establece la legitimación activa de la entidad cedente en el ejercicio de la acción hipotecaria, en cuanto el Fondo de Titulización “no ostenta legitimación por carecer por completo de personalidad y por ende capacidad para ser parte conforme al artículo 6 de la LEC”¹⁷⁴.

No obstante, este criterio no es avalado por todos los órganos judiciales. Según ACHON¹⁷⁵, en diversas resoluciones se ha determinado que, en caso de que la entidad emisora haya procedido a la cesión de la totalidad de los derechos de crédito a un Fondo de Titulización, no se puede aplicar el art. 15 LMH. Así, se dispone la aplicación de este artículo para el único caso de que se hubiese llevado a cabo una cesión parcial de los derechos hipotecarios, y no en su totalidad.

En este sentido, si la cesión ha sido parcial, se permite al titular de la participación concurrir con el acreedor hipotecario en la ejecución iniciada contra el deudor, cobrando a prorrata su participación. Pero si, por el contrario, la cesión ha sido global, no hay una participación dividida que justifique la concurrencia conjunta. Por este motivo, “si la cesión a un tercero del préstamo hipotecario ha sido total, el cedente habrá perdido su condición de titular acreedor del préstamo y con ello también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria”.

De este modo, el autor considera que, cuando la cesión es completa, como suele darse en la mayoría de las titulaciones, la legitimación ordinaria pertenece al Fondo de Titulización. Este argumento se sostiene bajo la consideración de que “la entidad emisora es una cedente sin legitimación, a menos que la ley le otorgue una legitimación extraordinaria”, siendo que “en algunas resoluciones consideran que el banco cedente ostenta legitimación extraordinaria en el procedimiento hipotecario, pero no en el proceso de ejecución posterior (...) dado que una vez agotada la acción hipotecaria, ninguna norma confiere legitimación para la incoación de una ejecución ordinaria con fundamento.

El mayor punto de conflicto entre los distintos órganos jurisdiccionales se encuentra en el interrogante sobre la posibilidad de que el cesionario de un crédito garantizado con

¹⁷² CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulización de créditos...”, cit., p. 13.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 13.

¹⁷⁵ ACHON, M. J.: “Problemas de legitimación activa...”, cit., p. 3.

hipoteca pueda iniciar un procedimiento hipotecario, aun cuando no ha inscrito dicha cesión en el Registro de la Propiedad¹⁷⁶.

En este sentido, según el autor, aquellos que se muestran en contra de la necesidad de inscripción de la cesión para instar el procedimiento de ejecución alegan los siguientes argumentos:

- El Tribunal Supremo¹⁷⁷ ha considerado que la inscripción es declarativa y sólo “robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios”. A consecuencia, se determina la no exigencia de inscripción registral en caso de cesión del préstamo hipotecario –flexibilizando, por tanto, el contenido del artículo 149 LEC–, por lo que el cesionario no inscrito se entiende legitimado para acudir al procedimiento de ejecución¹⁷⁸.

- El artículo 540 LEC establece que “*la ejecución podrá despacharse o continuarse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado*”. De este modo, sería suficiente acreditar la cesión para instar la ejecución a favor del acreedor cesionario, independientemente de que conste en el Registro de la Propiedad¹⁷⁹.

- Es suficiente que la “certificación de cargas constata la inscripción y subsistencia de la hipoteca, resultando intrascendente que quien figure en el Registro como acreedor hipotecario sea el cedente del crédito y primitivo acreedor, y no el cesionario ejecutante de la hipoteca, siempre que dicha cesión se acredite documentalmente”¹⁸⁰.

Sin embargo, lo realmente novedoso de la cuestión reside en una nueva corriente judicial que se muestra a favor de negar la legitimación activa *ad causam* a la entidad cedente por considerar que la titulización supone la cesión del crédito, lo que conlleva la pérdida de la condición de acreedora originaria para la entidad, a favor del Fondo de Titulización¹⁸¹.

Efectivamente, así se ha reflejado en numerosos autos y sentencias –algunos de los cuales son objeto de análisis en el capítulo siguiente–, cuyas resoluciones se muestran a favor de la paralización de la ejecución hipotecaria, debido a la ausencia de legitimación activa por parte de las entidades financieras y crediticias.

No obstante, la cuestión actual todavía no reviste de plena seguridad jurídica, ya que el Tribunal Supremo aun “no se ha pronunciado expresamente sobre la legitimación activa del emisor y titular de la participación hipotecaria”¹⁸². Este hecho se debe a que, con base en el artículo 477.2 LEC¹⁸³, las resoluciones susceptibles de recurso de casación son las sentencias

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 5-7.

¹⁷⁷ STS de 4 de junio de 2007. Recuperado de: <https://vlex.es>

¹⁷⁸ CABRERA, R. y QUESADA, P.M.: “La legitimación activa en los supuestos de titulización hipotecaria: consecuencias en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados”, *Práctica de Tribunales*, Editorial Wolters Kluwer, 2017, n° 125, pp. 7-8.

¹⁷⁹ ACHON, M. J.: “Problemas de legitimación activa...”, cit., p. 6.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 6.

¹⁸¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulización de créditos...”, cit., p. 12.

¹⁸² CABRERA, R. y QUESADA, P.M.: “La legitimación activa...”, cit., p. 6.

¹⁸³ Artículo 477. LEC: *Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.*

dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. En consecuencia, se excluye la posibilidad de recurso de casación cuando la resolución que se ha dictado es un auto o debió adoptar esa forma a causa de la “recaída en primera instancia”

CAPÍTULO IV ANÁLISIS DE RESOLUCIONES

Este capítulo se dedica a realizar un análisis de aquellos autos y sentencias que, por su contenido pionero en el objeto de esta investigación, resultan especialmente interesantes. De este modo, procedemos a detallar los argumentos de los órganos judiciales que muestran la reciente postura en contra de la legitimación activa de las entidades financieras cedentes, con la consiguiente paralización del procedimiento ejecutivo.

1. Auto 20/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Málaga, de 14 de enero

En los antecedentes de hecho se especifica que se trata de un procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado por la entidad crediticia, Credifimo, frente a dos particulares. Si bien el 21 de noviembre de 2013 se dicta auto despachando la ejecución hipotecaria –por un total de 66.549,15 euros entre capital e intereses–, la parte demandada se opone a la ejecución en base a la falta de capacidad. Este alegato se basa en la venta de la hipoteca a la entidad TDA 16 Fondos de Titulización de Activos.

Los fundamentos de derechos relativos a la capacidad del demandante se basan en:

- La consideración de los Fondos de Titulización de Activos, en base al artículo 1 del RD 926/98, como *“patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, integrados en cuanto a su activo por los activos financieros y otros derechos que agrupen.”*

- Del mismo modo, en el artículo 2 de dicho RD se dispone que *“el cedente conservará la administración y gestión del crédito cedido, salvo pacto en contrario”*. De este modo, la entidad ejecutante posee la facultad de realizar los actos de administración y gestión propios de la actividad bancaria, así como *“la iniciación y prosecución de los procedimientos judiciales y administrativos que sean necesarios para el recobro o defensa de los préstamos, créditos, bienes y derechos”*.

- No obstante, se considera que el demandante no está facultado para reclamar como titular del crédito –*“no se ha acreditado el carácter o representación con que demanda”*–, sino que, tras la cesión de este, únicamente puede actuar como administrador y gestor.

En conclusión, se estima la oposición a la ejecución hipotecaria por falta de legitimidad activa del demandante, procediendo al sobreseimiento y archivo del procedimiento de ejecución.

Según CABRERA y QUESADA¹⁸⁴, el Juzgado se aleja, en este auto, del contenido de la cesión para dar *“más peso a la falta de legitimación activa por la venta de las participaciones y opta por aplicar (...) la Sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia nº 2777/2005, de 14 de junio, en virtud de la cual el banco demandante había cedido la titularidad de los créditos litigiosos al Instituto de Crédito Oficial, a la que había conferido la facultad de administración y gestión de los créditos litigiosos, y estimando por tanto la falta de legitimación activa”*.

¹⁸⁴CABRERA, R. y QUESADA, P.M.: *“La legitimación activa...”*, cit., p. 10.

2. Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada, de 6 de marzo de 2015

Los antecedentes de hecho hacen referencia al escrito de oposición presentado por la fiadora, Doña Crescencia, contra el auto de 18 de marzo de 2014 que despacha ejecución a petición de la entidad ejecutante, Credifimo, en perjuicio de deudores y fiadores. El alegato esgrimido por el ejecutado es la cesión de la finca hipotecada a TDA 25 Fondo de Titulización de Activos por parte de la parte ejecutante.

La ejecutante impugna la oposición y, tras la notificación sobre un posible defecto de legitimación activa, alega por escrito que se encuentra revestido de legitimación activa debido a los poderes conferidos por la entidad cesionaria. Ante esto, la parte coejecutada dispone por escrito que la cesión completa del crédito supone una falta evidente de legitimación activa, correspondiendo al Fondo de Titulización.

Los fundamentos de derecho presentados por el Juzgado son los siguientes:

- La cesión del crédito afecta a la titularidad del crédito y, por los artículos 7 y 10.1 LEC, resulta determinante, no sólo para la comparecencia y representación, sino también para ostentar la legitimación necesaria.

- En consecuencia, la cesión del crédito supone la cesión de la legitimación, puesto que, en atención a la STS 301/1997, de 18 de abril, se entiende 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”.

- Si bien ante una cesión parcial la legitimación puede dividirse entre el cedente y el fondo cesionario por la cuantía proporcional del crédito, lo cierto es que en caso de una cesión total el verdadero legitimado es el Fondo de Titulización, que deberá comparecer en juicio a través de la sociedad gestora. De este modo, la práctica mayoritaria de la cesión global supone 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”.

- En cuanto a la posibilidad de legitimación extraordinaria, el artículo 579.1 LEC¹⁸⁵ no confiere ni perpetúa la legitimación activa. De este modo, si bien el cedente del crédito únicamente puede solicitar la ejecución por legitimación extraordinaria, lo cierto es que no existe una norma que confiera una legitimación extraordinaria “para la incoación de una ejecución general con fundamento en un derecho ya cedido totalmente”.

- En consecuencia, la conclusión es que, en los supuestos de cesión total del préstamo hipotecario, la entidad emisora no posee legitimación activa para la petición del despacho de ejecución. Además, esta realidad prevalece sobre los posibles pactos que pudieran acordar la entidad crediticia y el Fondo de Titulización.

De este modo, se establece que “la falta de legitimación es insubsanable y el defecto de este presupuesto procesal resulta apreciable de oficio (...) Como se trata de un defecto insubsanable, al igual que cuando se estima la oposición por esta causa, procede dictar auto dejando sin efecto la ejecución despachada”.

¹⁸⁵ Artículo 579.1 LEC: *Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.*

Según CASTILLO MARTÍNEZ¹⁸⁶, a raíz de esta conclusión se han pronunciado distintas resoluciones, alegando argumentos muy similares. En este sentido, destacan los Autos del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Barcelona, del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gijón, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Benidorm, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Moncada, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Villajoyosa o el Juzgado de Primera, o del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Herrera del Duque.

3. Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Arganda del Rey, de 12 de noviembre de 2015

El auto comienza exponiendo los antecedentes de hecho, en los que se indica que se trata de una oposición a la ejecución hipotecaria despachada a favor de la entidad crediticia, Credifimo, por cantidad de 276.636, 05 euros, en concepto de intereses y costas. En la vista, el ejecutado justifica su oposición en base a motivos procesales y de fondo, solicitando a la parte ejecutante que aportase “justificación de la titulación del activo con identificación del fondo al que se ha cedido y de la sociedad gestora”. Posteriormente, Credifimo aporta la escritura de constitución del Fondo de Titulación de Activos requerida en el Juzgado.

Los fundamentos de derecho en los que se basa esta resolución residen en:

- La ejecución hipotecaria despachada a instancia de Credifimo tuvo como base el artículo 681 LEC¹⁸⁷, así como la acción hipotecaria que nace a favor de dicha entidad financiera como consecuencia de su condición de hipotecante. Las causas de la oposición alegadas hacen referencia a la falta de legitimación activa que supone la cesión del crédito a un fondo de titulación, que no es parte en el presente procedimiento y sobre el que la ejecutante ha guardado silencio”. Ante esto, la parte ejecutante solicita la desestimación por considerar amparada su legitimación activa en las facultades de custodia y administración sobre el crédito cedido al Fondo de Titulación.

- El Juzgado estima la alegación relativa a la falta de legitimación activa por considerarse que la ejecutante no acredita “el carácter o representación con que demanda. Tal defecto, como la propia norma indica¹⁸⁸, no es subsanable por lo que la consecuencia es el archivo del procedimiento con imposición de costas al ejecutante”. De este modo, se indica que la entidad emisora desapareció de la relación contractual tras la cesión del crédito a un tercero.

- En alusión a la respuesta¹⁸⁹, no vinculante, formulada por el Banco de España, el 26 de marzo de 2015, ante una consulta realizada, el Juzgado considera que “tal conclusión no tiene carácter vinculante a los efectos que nos ocupan”, aunque “sí apunta a la solución que se recoge en esta resolución”. Así, se considera que la cesión ha sido realizada por el total del crédito, ante el silencio de la entidad crediticia respecto a una cesión parcial.

¹⁸⁶ CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulación de créditos...”, cit., p. 13.

¹⁸⁷ Artículo 681.1 LEC: *La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignoralados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo.*

¹⁸⁸ Artículo 559.2 LEC: *Cuando la oposición del ejecutado se fundare, exclusivamente o junto con otros motivos o causas, en defectos procesales, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre éstos, en el plazo de cinco días. Si el tribunal entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.*

¹⁸⁹ “De conformidad con la Ley 19/1992 (...) la titulación de un préstamo supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración”.

- El marco normativo al que se remite es la LMH, estableciendo que “las entidades a que se refiere el artículo 2 (...) podrán hacer participar a terceros en todo o en 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 2ª de dicha Ley”.

- Se considera que la fecha de constitución del fondo es anterior a la presentación de la demanda, por lo que, en ese momento, ya carecía de legitimación para instar el procedimiento “al haber cedido el 100% del saldo pendiente”.

- Si bien el artículo 65.3 del RD 685/82 determina que *“el emisor conservará la custodia y administración del crédito hipotecario, así como la titularidad parcial del mismo”*, y el artículo 65.2 de dicho decreto dispone que *“la ejecución del crédito hipotecario participado corresponde a la Entidad emisora y al titular de la participación”*, lo cierto es que, al tratarse de una cesión total, el cedente ha perdido su legitimación a favor del cesionario.

- En conclusión, se dispone que Credifimo “carece de legitimación activa por las razones expuestas habiendo presentado la demanda ya sin dicha cualidad que no pudo revisarse de oficio al admitir la demanda por no mencionarse”. Por ello, se procede al archivo del procedimiento.

Según CABRERA Y QUESADA¹⁹⁰, esta corriente sobre la falta de legitimación activa a causa de la transmisión de la titularidad ha sido continuada, entre otros, por el Auto del 11 de marzo de 2016, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Collado Villalba, o por el Auto nº 50 del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Olot, de 17 de junio de 2016.

4. Auto nº 107/16 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Villacarrillo, de 11 de julio

Los hechos de este auto se remiten a la petición de nulidad del despacho de ejecución por parte de la interesada, que alega como causa la titulización. Posteriormente, se da traslado a la parte contraria con el fin de que formule alegaciones.

Los fundamentos de derechos que se desarrollan en el auto siguen el siguiente razonamiento:

- Por el artículo 227.2 LEC se establece que *“el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”*.

- El Juzgado especifica el concepto del Fondo de Titulización como un ente carente de personalidad jurídica, cuya gestión y administración corresponde a una sociedad mercantil cuya función es gestionar negocios ajenos, que se denomina Sociedad Gestora de Fondos de Titulización de Activos.

- La remisión a la Ley 19/1992 determina que “mediante la titulización de un préstamo la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración.

- Con la finalidad de amparar el contenido de esta resolución, el Juzgado alude a la posición tomada por otros órganos jurisdiccionales a favor de que la entidad financiera cedente carece de la condición de acreedora tras la titulización del crédito hipotecario.

¹⁹⁰CABRERA, R. y QUESADA, P. M.: “La legitimación activa...”, cit., p. 12.

- Así, establece en remisión a los autos previamente mencionados, que “se significa expresamente a la ejecutante que la misma se ha postulado en la demanda como acreedora, como titular del crédito. De tales manifestaciones se infiere que el mismo no ha sido cedido a ningún Fondo de Titulización Hipotecaria de Activos. Es evidente que si la cesión hubiera tenido lugar, la promotora del expediente no podría actuar sino como administrador de los préstamos cedidos y carecería de la legitimación que pretendió. En consecuencia, se advierte a la acreedora mediante esta resolución que, si resultara no serlo, se declarará la nulidad de lo actuado y se inadmitirá la demanda con efectos *ex tunc*”.

-En consecuencia, se determina que el Fondo Foncaixa Andalucía Ftempres 1, Fondo de Titulización de Activos, de fecha 20 de febrero de 2010, recoge en su listado de créditos aquel que fue concertado “a favor de los prestatarios, dado que coincide con el importe del préstamo (27.000 euros), el domicilio de la parte prestataria obrante en la escritura de constitución y la fecha de la escritura de 13 de febrero de 2006”. Todos estos datos, resultan coincidentes con la escritura pública que se aportó a modo de título ejecutivo junto a la demanda, por lo que resulta evidente que la entidad financiera Caixa “carecía de legitimación activa, al subordinarse el Fondo en la posición de acreedor; lo que conlleva la nulidad interesada”.

-De este modo, la postura del Juzgado se revela, sin lugar a dudas, al declarar la nulidad del auto que despachó ejecución, así como de todas las actuaciones posteriores, procediendo al archivo de las actuaciones, una vez dotada la resolución de carácter firme.

Según CABRERA y QUESADA¹⁹¹, este auto determina la falta de legitimación activa de la entidad emisora al admitir la tesis relativa a la cesión de créditos de la titulización hipotecaria. Así, se entiende que “la inscripción en el Registro de la cesión es meramente declarativa por lo que el cesionario (o titular de las participaciones hipotecarias) se subroga en los derechos del acreedor cedente y está legitimado para instar el procedimiento de ejecución hipotecaria”.

5. Otras resoluciones judiciales

La reciente corriente judicial que desposee a las entidades financieras y crediticias de la legitimación activa necesaria para instar despacho de ejecución, ha sido alegada por numerosas resoluciones judiciales con una argumentación similar a los autos ya desarrollados.

En este sentido, cabe destacar que el presente objeto de investigación ha basado sus conclusiones en el análisis de una numerosa serie de resoluciones judiciales, que amparan la posible perpetuidad y validez de la tesis referente a la carencia de legitimidad activa. Así, sobresalen las siguientes, ordenadas de forma cronológica:

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2016
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Collado Villalba, de 11 de marzo de 2016
- Auto 72/16 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Picassent, de 15 de marzo
- Auto 60/16 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sueca, de 25 de abril
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Benidorm, de 14 de junio de 2016
- Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Benidorm, de 16 de junio de 2016

¹⁹¹ CABRERA, R. y QUESADA, P.M.: “La legitimación activa...”, cit., p. 12.

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Moncada, de 17 de junio de 2016
- Auto nº50 del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Olot, de 17 de junio de 2016
- Auto nº480/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Sevilla, de 30 de junio
- Auto nº 343/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Benidorm, de 5 de julio
- Auto nº 54/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Herrera del Duque, de 6 de julio
- Auto nº 339/16 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Villajoyosa, de 11 de julio
- Auto nº 107/16 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Villacarrillo, de 11 de julio
- Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torreveja, de 22 de julio de 2016
- Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Muros, de 19 de diciembre de 2016
- Auto nº 18/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jerez de la Frontera, de 18 de enero
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Málaga, de 19 de enero de 2017
- Auto nº 53/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers, de 27 de enero

El cuantioso número de resoluciones que avalan esta corriente permite considerar la idea de que, en algún momento, pueda alzarse como posible línea jurisprudencial, y sea tenida en cuenta por el Tribunal Supremo.

No obstante, es importante resaltar dos autos que, sin amparar la legitimación activa de la entidad cedente, se alejan de la tesis de denegación. De este modo, el Auto nº 328/15 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Granollers, de 5 de octubre, se pronuncia considerando que no se trata de una falta de legitimación activa, sino de una “pérdida sobrevenida de la misma como consecuencia de un negocio jurídico posterior”. Por ende, se concluye la cuestión de la legitimación activa, haciendo referencia al artículo 17.1 LEC, por el que *“cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente”*.

Así, como indican CABRERA y QUESADA¹⁹², este auto considera que “en el ámbito de la ejecución hipotecaria debería adaptarse interesando acreditación de la inscripción a su favor de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, lo que bajo la opinión de la juzgadora no debe resolverse en el incidente de ejecución”. De este modo, se considera que el auto analizado adopta una tesis distinta a la defendida por diversas resoluciones, como el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Fuenlabrada.

Finalmente, sorprende lo novedoso del Auto nº 139/18 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª, de 22 de febrero, que abre la vía a un posible delito de estafa procesal, estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada. Así se determina en dicho auto, al indicar que “su crédito hipotecario fue objeto de transmisión (...) y que incluye la cesión de préstamos hipotecarios (...) mediante la emisión y suscripción de certificados de transmisión de hipoteca y bonos de titulización (...)” entendiéndose que “esta circunstancia

¹⁹² CABRERA, R. y QUESADA, P.M.: “La legitimación activa...”, cit., p. 12.

documentada, junto con su ocultación por parte de la entidad bancaria (...) son indicios suficientes de que se ha procedido al ejercicio de una acción civil de importante trascendencia en perjuicio del apelante sin que presuntamente la demandante contase con legitimación para ello”.

CONCLUSIONES

El marco jurídico que aporta la LMH propicia la creación, durante los años 90, de una serie de mecanismos financieros conocidos como *titulaciones*. Las ventajas de su utilización eran evidentes tanto para las entidades bancarias, que les permitía refinanciar el pasivo a través de la cesión del crédito hipotecario a un Fondo de Titulación –con su posterior conversión en valores negociables y emisión en el mercado–, como para los particulares, que veían nacer la posibilidad de adquirir una vivienda gracias al abaratamiento de los préstamos hipotecarios.

El auge de las titulaciones hizo necesaria la creación de un régimen legal que recogiera las particularidades de estos instrumentos financieros. De este modo, nace la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulación Hipotecaria, donde se regula, entre otras cuestiones, la constitución de los Fondos de Titulación Hipotecaria, su carencia de personalidad jurídica, y su administración a través de Sociedades Gestoras.

El éxito de las titulaciones hipotecarias, que permitieron reactivar el mercado hipotecario, justificó la extensión de la titulación a otro tipo de activos, especialmente derechos de crédito. Así, se aprobó el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación.

Sin embargo, en este contexto nos encontramos ante una compleja dispersión normativa basada en modificaciones continuas, y una situación de descontento por parte de los inversores ante la falta de flexibilización de nuestro mercado. En consecuencia, se redacta un texto refundido que deroga las disposiciones anteriores –salvo para las titulaciones hipotecarias existentes–, y unifica la regulación de los Fondos de Titulación Hipotecaria y los Fondos de Titulación de Activos: la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial.

La problemática de las titulaciones surge cuando, a raíz del inicio de la crisis económica que asola España desde 2007, las entidades financieras cedentes instan el despacho de las ejecuciones hipotecarias por impago del préstamo concedido, garantizado mediante el derecho real de hipoteca. Desde entonces, se han sucedido diversos autos y sentencias que, consideradas por la doctrina “jurisprudencia menor”, ofrecen una gran disparidad de soluciones

No obstante, lo que nos interesa, por constituir el objeto de esta investigación, es la reciente corriente judicial que tiende a desposeer de legitimación activa a las entidades financieras, en las demandas de ejecución, tras la cesión total de un crédito hipotecario a un Fondo de Titulación. Todo ello, independientemente de que la entidad crediticia cedente posea funciones de administración y gestión de dichos fondos. Así lo amparan, entre otras resoluciones analizadas, el Auto 20/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Málaga, de 14 de enero, o el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Arganda del Rey, de 12 de noviembre.

Los efectos de la falta de legitimación activa en las titulaciones hipotecarias son: a) estimación de la oposición a la ejecución hipotecaria; b) concesión de legitimación activa al Fondo de Titulación, que deberá comparecer a través de la Sociedad Gestora; c) paralización de los despachos de ejecución hipotecaria como consecuencia de la declaración de nulidad del auto; y d) archivo de las actuaciones y sobreseimiento del proceso.

Sin embargo, a pesar de las numerosas resoluciones que siguen esta línea de actuación judicial, cabe destacar que, a causa de la reciente aparición de esta cuestión, el Tribunal Supremo todavía no se ha pronunciado al respecto. Por este motivo, si bien es cierto que esta corriente adopta una postura favorable hacia los particulares, en perjuicio de la actuación bancaria, habrá que atender a la decisión final que asiente la jurisprudencia del Alto Tribunal.

BIBLIOGRAFÍA

ACHON, M. J.: “Problemas de legitimación activa en el procedimiento hipotecario (titulaciones, cesiones de créditos sin reflejo registral, “retracto” del crédito cedido)”, *Diario La Ley*, Editorial Wolters Kluwer, 2017, nº 8963.

ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. 11ª ed, Madrid, EDISOFER, S.L., 2010.

ANGUITA, R.M: *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*. Madrid, Dykinson S.L., 2005.

AZNAR, D: *Derecho Civil IV. Derecho de cosas y tipos de derechos reales* [en línea], Derecho civil. Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna, 24 de enero 2012. Disponible en web: <http://docencia.aznar-abogados.com/modules.php?name=News&file=print&sid=296>.

BERCOVITZ, R.: *Manual de Derecho Civil: Derechos reales*. 5ª ed, Madrid, Bercal, S.A, 2015.

BERCOVITZ, R., VALLADARES, E. y DÍEZ, H.: *Manual de introducción al Derecho. Introducción al Derecho. Derecho Civil Patrimonial*. 9ª ed, Madrid, Bercal, S.A., 2015.

BLASCO, F.: *La hipoteca inmobiliaria* [en línea], Tirant Lo Blanch. Disponible en web: https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema%2032_todo%20civil%203-3-2015

BUENDÍA, M. C.: “Tratamiento procesal de la legitimación en la LEC 1/2000” [en línea], *Revista Jurídica Valenciana*, núm.12, enero-junio de 2003. Disponible en web: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num12/art%2012/Tratamiento%20procesal%20de%20la%20legitimaci%C3%B3n%20en%20la%20LEC%201-2000.htm

CABRERA, R. y QUESADA, P. M.: “La legitimación activa en los supuestos de titulación hipotecaria: consecuencias en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados”, *Práctica de Tribunales*, Editorial Wolters Kluwer, 2017, nº 125, p. 6-8.

CALLEJO, S. y DE PRADA, M.: “La hipoteca como el instrumento del proceso de ejecución hipotecaria”, *Diario La Ley*, 2014, nº 8432.

CAMPOS, M.: *Capítulo XIV. Consideraciones procesales* [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/18.pdf>

CANDELA, J.: *Manual para técnico documental en Notarías. Tomo II*. 2ª ed, Madrid, Dykinson S.L., 2009.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “Titulación de créditos garantizados con hipoteca y ejecución hipotecaria”, *Actualidad civil*, Editorial LA LEY, 2016, nº 9.

DE TIEDRA, J.: *Clases de hipoteca* [en línea], Derecho en Red. Disponible en web: <https://www.infoderechocivil.es/2014/12/clases-hipoteca.html>

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derechos reales en general*. 9ª ed, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.

Extinción y pérdida de los derechos reales [en línea], Iberley. Disponible en web: <https://www.iberley.es/temas/extincion-perdida-derechos-reales-60189>

GARCÍA, A. y GARCÍA, I.: “Nuevas tendencias en el mercado de la titulación de activos: el fomento de la titulación sintética en España”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Editorial Wolters Kluwer, 2015, nº 16.

GUERRA, M.: *La falta de legitimación: ¿Cuestión de fondo o de forma? ¿Puede subsanarse? ¿Cuándo debe resolverse?* [en línea], Editorial Jurídica Sepín, 4 de febrero de 2015. Disponible en web: <https://blog.sepin.es/2015/02/falta-de-legitimacion-subsanacion-resolucion/>

GUTIÉRREZ, Z., LARENA, J., MONJE, O. y BLANCO, J.: *El proceso civil. Parte general, el juicio verbal y el juicio ordinario*. 4ª ed, Madrid, Dykinson, 2016, p. 62-64.

IGLESIAS, M.: “Las partes del proceso (capacidad, postulación y legitimación” [en línea], *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Disponible en web: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/28/estudio_2.pdf

LACRUZ BERDEJO, J., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*. 7ª ed, Madrid, Dykinson, S.L, 2012.

LASARTE, C.: *Compendio de derechos reales. Derechos reales e hipotecario*. 2ª ed, Madrid, Marcial Pons, 2013.

LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. 23ª ed, Madrid, Editorial Tecnos, 2017.

LASARTE, C.: *Derechos reales y derecho hipotecario. Principios de Derecho civil V*. 8ª ed, Madrid, Marcial Pons, 2010.

LOPERA, M.: “El procedimiento de ejecución hipotecaria” [en línea], *Economist&Jurist*. Disponible en web: <http://marimon-abogados.com/wp-content/uploads/2016/12/681-Arti%CC%81culo-Mario-en-EJ-12-16.pdf>

MADRID, A.: “Nueva regulación de la titulación en la ley 5/2015”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Editorial Wolters Kluwer, 2015, nº 16.

MARTÍNEZ, A.: *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*, 1ª ed, Madrid, Editorial LA LEY, 2010.

MONTERO, A.: *Las ejecuciones hipotecarias* [en línea], Tirant Lo Blanch. Disponible en web: https://www.tirant.com/libreria/actualizaciones/Tema%2051_Todo.pdf

NICOLÁS, B.: *Facultades del acreedor hipotecario* [en línea], Derecho en Red. Disponible en web: <https://www.infoderechocivil.es/2013/12/facultades-acreedor-hipotecario.html>

PAYNO, M.: *Tratado de la propiedad. Capítulo IX. Propiedad: su definición y distinciones según el derecho romano* [en línea], Biblioteca Virtual Antorcha. Disponible en web: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/propiedad/9.html

RAVINA, P.: “Nuevo régimen jurídico de la titulación en España”, *La Ley Mercantil*, Editorial Wolters Kluwer, 2015, nº 15.

ROGEL, C.: *Manuales Básicos. Derecho de cosas*. Barcelona, Cálamo Producciones Editoriales S.L.U, Barcelona, 2002.

SAAVEDRA, E.: “La formación del derecho real de hipoteca y de la Ley Hipotecaria”, *Actualidad Civil*, 1999, tomo 3, ref. XLIV, p.831.

SANTOS, J., SIERRA, I., GONZÁLEZ, P., MARTÍNEZ, J.M. y PAZ, J.M.: *Tratado de Derecho civil. Tomo II: Derecho de cosas*. 1ª ed, Barcelona, Bosch, S.A., 2003.

TABOADA, R.: *Excepciones procesales: falta de legitimación* [en línea], Publicaciones Didácticas, núm. 64, noviembre de 2015. Disponible en web:
<http://publicacionesdidacticas.com/hemeroteca/articulo/064012/articulo-pdf>

VICENS, C.P: *Modos de adquirir el dominio. Teoría del título y el modo. Sistemas modernos. Sistema español. Examen de la tradición y la inscripción* [en línea], Notarios y registradores, 1 de junio de 2011. Disponible en web:
<https://www.notariosyregistradores.com/oposidores/temasdeoposidores/n0-ci-037.htm>