



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SERGIO DOMÍNGUEZ MARÍN
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
NOTIFICADO
18 ENERO 2017

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° CINCO DE JEREZ DE LA FRONTERA

PROCEDIMIENTO: Ejecución Hipotecaria 1696/15-S
Incidente de oposición 1696.01/15-S

AUTO n° 18/2017.

En Jerez de la Frontera, a dieciséis de enero de 2017.

HECHOS

PRIMERO.- Por la entidad demandante Banco Santander SA se presentó demanda de ejecución hipotecaria, registrada con el número referido de los asuntos civiles de este Juzgado.

Por la parte demandada en aquél, evacuado el traslado anterior de la demanda, se presentó escrito a través de su representación procesal, oponiéndose en forma a la demanda presentada de contrario, alegando falta de legitimación activa por titulación del préstamo, y cláusulas abusivas en el contrato.

La parte ejecutante impugna la oposición por los motivos alegados en la vista.

SEGUNDO.- Tras la celebración de vista, quedaron los autos conclusos y pendientes de la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se opone primero por la parte ejecutada la falta de legitimación activa de la entidad por titulación del préstamo hipotecario.

La regulación aplicable es la introducida por la mencionada ley 5/15 que determina el objeto de las sociedades gestoras en su art. 25. El art. 16.2 de dicha ley 5/15 dispone que los fondos de titulización podrán adquirir la titularidad de los activos por cualquier modo, bien sea a través de su cesión, su adquisición, su suscripción en mercados primarios o a través de cualquier otro modo admitido en Derecho.

Titulación: Se trata de una operación o sistema por el cual un activo o conjunto de activos se transfiere a una entidad que está separada del originador y que se ha creado o sirve para la titulización, o el riesgo de crédito de un activo o conjunto de activos o parte de los mismos, que se transfiere a los inversores en valores, participaciones en fondos de titulización, otros instrumentos de deuda o derivados financieros emitidos por una entidad que está separada del originador y que se ha creado o sirve para la titulización.

El art. 15 de la ley de mercado hipotecario, ley 2/1981, dispone que *las Entidades a que se refiere el artículo segundo podrán hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera, mediante la emisión de títulos valores denominados participaciones hipotecarias. El titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la Entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta*



Código Seguro de verificación:5J8+kiWt8fgDbKEY9MscOQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA TERESA HERRERO RABADAN 16/01/2017 13:52:49	FECHA	16/01/2017
	ANA MARIA GARCIA GARCIA 16/01/2017 14:14:39		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/5
 5J8+kiWt8fgDbKEY9MscOQ==			



de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona. En este caso, el titular de la participación concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la Entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior. El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución.

Si el acreedor hipotecario no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación. Las notificaciones pertinentes se harán fehacientemente.

El artículo 30 del Reglamento que desarrolla la ley de mercado hipotecario (RMH) dice que:

"1. La ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora para la efectividad de los vencimientos de la misma por principal e intereses, según el porcentaje de participación y lo establecido en la emisión, siempre que el incumplimiento de tal obligación no sea consecuencia de la falta de pago del deudor del préstamo o crédito, hipotecario participado".

A tenor del artículo 31 del RHM son facultades del titular de la participación hipotecaria y para el caso de que el incumplimiento de la entidad emisora fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, las siguientes :

"a) Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria.

b) Concurrir en igualdad de derechos con el emisor, en la ejecución que ésta siga contra el deudor, personándose a tal efecto en cualquier procedimiento de ejecución instado por aquél, y participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo o crédito y el acordado en la participación, cuando éste fuera inferior.

c) Si aquélla no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participación, tanto por principal como por intereses.

En este supuesto quedarán subsistentes la parte del préstamo o crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargan preferentes, entendiéndose que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas, sin destinarse a su pago y extinción el precio del remate.

d) En caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, el participe podrá subrogarse en la posición de aquélla y continuar el procedimiento.

En los casos previstos en las letras c) y d), el titular de la participación podrá instar del juez competente la incoación o continuación del correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria, acompañando a su demanda del título original de la participación, del requerimiento notarial previsto en el apartado c) precedente y de la certificación registral de inscripción y subsistencia de la hipoteca. Al expedirse



Código Seguro de verificación:5J8+kiWt8fgDbKEY9MscOQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA TERESA HERRERO RABADAN 16/01/2017 13:52:49	FECHA	16/01/2017
	ANA MARIA GARCIA GARCIA 16/01/2017 14:14:39		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/5
		5J8+kiWt8fgDbKEY9MscOQ==	
5J8+kiWt8fgDbKEY9MscOQ==			



esta certificación se hará constar en el registro, mediante nota marginal, que se ha expedido la certificación registral y se indicará su fecha y la identidad del solicitante. Estas circunstancias se harán constar en la certificación expedida".

Por otra parte, hay que considerar la regulación de la LEC, y en concreto, debe considerarse que el procedimiento de ejecución hipotecaria está encaminando a obtener la satisfacción de la deuda garantizada con la hipoteca (art 681 de la LEC), de manera que el derecho real no es independiente sino accesorio o vinculado al crédito que garantiza, exigiendo el artículo 685.2º de la LEC que se aporte con la demanda ejecutiva el título del crédito.

En el caso de autos, se alega por la parte demandada la existencia de esa cesión por titulación a "Fondo de Titulación Activos Santander Hipotecario 5".

Con el escrito de oposición se aporta la escritura de titulación de 3-11-2008, posterior a la escritura de préstamo hipotecario objeto de la presente ejecución, y de la misma, se desprende una cesión total de los préstamos referenciados, entre los que se encuentra el objeto de la presente (así se desprende de la página 189 del anexo III de la Escritura, con el número 0049 4563 103 0000010, en referencia al préstamo hipotecario concedido el 3-8-07, por importe de 190.000 euros. A su vez, se aporta como dto 3 un recibo del préstamo en cuestión, en el que efectivamente se constata que se trata del mismo número de referencia que identifica al préstamo hipotecario, hoy litigioso.

De todo lo expuesto se concluye que la ejecutante carece de legitimación activa para instar la ejecución hipotecaria.

En un caso similar, se resolvió en igual sentido por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Gijón en Auto de 13-4-2016, que señalaba:

"El procedimiento de ejecución hipotecaria está encaminando a obtener la satisfacción de la deuda garantizada con la hipoteca, art 681 de la LEC, de manera que el derecho real no es independiente sino accesorio o vinculado al crédito que garantiza, exigiendo el artículo 685.2º de la LEC que se aporte con la demanda ejecutiva el título del crédito".

"La práctica casi general de las operaciones de titulación es la de cesión **total** de derechos de crédito. Si se considera que estamos ante una cesión del préstamo garantizado con hipoteca, la legitimación ordinaria para las acciones que derivan del crédito hipotecario corresponde al Fondo y la entidad emisora es una cedente sin legitimación, a menos que la ley le otorgue una legitimación extraordinaria.

La entidad emisora no ha cedido a tercero una parte (o participación) de sus derechos hipotecarios, sino que en este caso ha agrupado varios préstamos hipotecarios y los ha cedido en su totalidad a un Fondo de titulación de activos. En este caso concreto no se ha transferido al Fondo una "participación" en el préstamo; de ahí que no se entiende aplicable lo dispuesto en el art. 15 de la Ley de Mercado Hipotecario, porque Santander no cedió una porción de sus derechos de crédito, sino la totalidad y sólo si el cedente se reservara una parte del crédito cedido tendría sentido que dicho precepto disponga que *el titular de la participación pueda concurrir, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la Entidad emisora perciba la posible diferencia*



Código Seguro de verificación:5J8+kiWt8FgDbKEY9MscOQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA TERESA HERRERO RABADAN 16/01/2017 13:52:49	FECHA	16/01/2017
	ANA MARIA GARCIA GARCIA 16/01/2017 14:14:39		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/5
	5J8+kiWt8FgDbKEY9MscOQ==		



5J8+kiWt8FgDbKEY9MscOQ==



entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior. Si se cede todo el crédito, no hay participación respectiva entre cedente y partícipe que justifique que ambos concurren en la ejecución para cobrar en función de su parte.”

“Al haberse producido una cesión a tercero del préstamo hipotecario en su día suscrito por los ejecutados, la ahora ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo y, con ello, también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria. El artículo 149 de la Ley Hipotecaria dice que "El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente". Y el artículo 1528 del Código Civil dice que "La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio".

Esta parece que es la tesis que mantiene el Banco de España, así en comunicación realizada por la Secretaría General del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España (expediente NUM001), en respuesta a una consulta de un abogado, dijo que *la titulación es un proceso financiero por medio del cual se transforman unos activos generalmente ilíquidos (créditos/préstamos) en títulos o valores negociables, mediante su cesión a un fondo de titulación, quien a su vez emite unos bonos de titulación para su colocación entre inversores institucionales. De esta manera, las entidades venden todo o parte de sus riesgos para obtener nueva financiación con la que seguir desarrollando su negocio sin necesidad de acudir a otras vías, como ampliaciones de capital. De conformidad con la Ley 19/1992, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulación hipotecaria, 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.*”

En este caso el título es la escritura de constitución de hipoteca a favor de Banco Santander. Antes de la presentación de la demanda de ejecución, se procedió a la Titulación del préstamo en cuestión, cediéndolo en su totalidad, -y no sólo una participación del mismo, como alega y no acredita B Santander-, al referido Fondo de Titulación, de modo que es evidente que, a fecha de presentación de la demanda, la entidad Banco Santander YA NO era Titular del crédito en cuestión, careciendo por ello de legitimación en esta litis, incluso, para interponer la demanda. Pero es que, es más, ni siquiera ha indicado actuar en representación o como “administrador” de la gestora del fondo de titulación.

Se alega por B Santander que no consta inscrita la cesión, pero este requisito no obligatorio conforme a la legislación especial aplicable, siendo que ni siquiera existe obligación de informar al deudor cedido al respecto, como se desprende *de la normativa aplicable a la titulación de préstamos: no se exige que los deudores tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulación. Además, nada se opone a que la titulación se refiera únicamente a una parte del préstamo hipotecario.*

Por todo lo expuesto se debe apreciar falta de legitimación activa, por no ostentar Banco Santander la condición de parte legítima conforme a lo



Código Seguro de verificación:5J8+kiWt8fgDbKEY9MscOQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA TERESA HERRERO RABADAN 16/01/2017 13:52:49	FECHA	16/01/2017
	ANA MARIA GARCIA GARCIA 16/01/2017 14:14:39		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/5
 5J8+kiWt8fgDbKEY9MscOQ==			



dispuesto en el art. 10 Lec.

Estamos ante un defecto procesal insubsanable y apreciable de oficio en cualquier momento como dispone el art. 9 Lec, por lo que, conforme con lo dispuesto en los arts 225 y siguientes de la Lec., procede decretarse la nulidad de todas las actuaciones, dejando sin efecto la ejecución despachada.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el art 394 Lec, habida cuenta las posibles dudas suscitadas en esta materia, no procede especial declaración en cuanto a las costas del presente incidente.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Que debo estimar la oposición a la ejecución despachada, formulada por el Procurador Sr Domínguez Marín, en la representación acreditada en autos, y declaro la nulidad del despacho de ejecución, al apreciar falta de legitimación activa de la entidad Banco Santander SA, todo ello, sin especial declaración en cuanto a las costas del presente incidente.

Notifíquese el presente a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en los veinte días siguientes a su notificación, art 458 y 695 Lec.

Así lo acuerda, manda y firma D^a Teresa Herrero Rabadán, Magistrado Juez titular del Juzgado de 1^a instancia número cinco de Jerez de la Frontera. Doy fe.



Código Seguro de verificación:5J8+kiWt8fgDbKEY9MscOQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA TERESA HERRERO RABADAN 16/01/2017 13:52:49	FECHA	16/01/2017
	ANA MARIA GARCIA GARCIA 16/01/2017 14:14:39		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/5



5J8+kiWt8fgDbKEY9MscOQ==