

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

NUMERO DOS DE TORREVIEJA

PROCEDIMIENTO: Ejecución hipotecaria nº 1717/12

DTE: Banco Sabadell, S.A\Proc: Sr. Diez Saura

DDO: [REDACTED] / Proc: Sra. Pertusa
García

NOTIFICADO 29-7-2016

A U T O 0856/2016

En Torrevieja, a veintidós de Julio de dos mil deiciséis.

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

UNICO.- Que por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pertusa García en nombre y representación de [REDACTED] presentó escrito de fecha 17 de diciembre del 2015 por el que formulaba Incidente de Nulidad de Actuaciones por Falta de legitimación activa de la entidad ejecutante.

Que por Diligencia de Ordenación de fecha 13.01.16 se concedió audiencia a la parte ejecutante por término de cinco días para que alegaran lo que estimaren pertinente sobre la nulidad en que se había podido incurrir y presentando dentro de plazo alegaciones solicitando que continúe el trámite del procedimiento, quedan los Autos en la mesa de la proveyente para resolver.

F U N D A M E N T O S D E D E R E C H O

PRIMERO.- Respecto a la falta de legitimación activa planteada por la parte ejecutada para solicitar la nulidad de lo actuado en el procedimiento de ejecución, se ha de partir de los hechos acreditados con la documental unida a autos, siendo que, en fecha 1 de diciembre de 2005, la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo y los ejecutados suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en virtud del cual la entidad CAM en calidad de prestamista concedía a la parte ejecutada un préstamo por importe de 125.000 € de capital garantizado con hipoteca sobre la Finca Registral nº 80066.

Que la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo se fusionó en fecha 28.12.08 con Cajastur, Cja Extremadura y Caja Extremadura y Caja Cantabria, creando Banco Base-cambiada su denominación posteriormente a Banco CAM, SAU y en fecha 7.12.11 se adjudica Banco CAM SAU al Banco Sabadell, dejando de existir la entidad Banco CAM, S.A.U en fecha 1 de Junio de 2012.

A este respecto, se ha de estar a la doctrina que tiene su reflejo en el Auto AP(Valencia), Civil sección 6 del 23 de enero de 2015 (ROJ: AAP V 63/2015 - ECLI:ES:APV:2015:63A) Sentencia: 7/2015 | Recurso: 576/2014 | Ponente: MARIA EUGENIA FERRAGUT quedice;

" De la fusión de sociedades y de la cesión de crédito. *La norma del art. 540 de la ley procesal civil acerca del despacho de ejecución a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título, contenida entre las disposiciones generales de la ejecución, debe ceder ante la especialidad de la singular disciplina legal del proceso sobre bienes hipotecados, a cuyas diferencias ya antes se ha hecho referencia. Y esta singular disciplina (" particularidades de la ejecución " es la denominación del epígrafe legislativo que precede al artículo 681 y los que le siguen) exige rigor extremo en el cumplimiento de las formalidades a que se refieren los arts. 685, 688 y concordantes de la ley procesal.*

El título en que se basa la ejecución hipotecaria (art. 685) y la inscripción registral han de ser suficientes por sí mismos para la incoación y el posterior progreso del procedimiento, sin necesidad de integración con otros documentos, pues en tal caso no tendría sentido ni utilidad la certificación a que se refiere el art. 688 LEC.

Con esta base cabe sostener que, tanto en los casos de cesión de créditos , como en los de traspaso en bloque por sucesión universal o fusión por absorción como el del caso (traspaso de negocio bancario de la CAM a Banco Cam SAU y fusión por absorción de Banco Cam SAU por Banco Sabadell SA) requiere la inscripción registral el cambio en la titularidad de la garantía para que pueda realizarse ésta mediante el singular proceso de ejecución hipotecaria .

Este requisito es exigible también en el caso de fusión por absorción que, siendo como es sabido diferente al de cesión de créditos , cuando se pretende la ejecución de la garantía por el cauce del proceso especial regulado en los artículos 681 y ss de la ley procesal civil , que debe diferenciarse de la exigencia de cumplimiento de las obligaciones del deudor en el ámbito del proceso de ejecución de título judicial o del declarativo que corresponda.

Una vez más decimos que no se cuestiona la titularidad que del crédito ostenta la recurrente, sino que pueda seguirse el proceso de ejecución hipotecaria a favor de quien no figura en el Registro de la Propiedad como titular de la garantía.

Nos remitimos a lo dicho antes y a lo que sigue.

5. Puesto que, insistimos, la finalización del proceso se basa en que la garantía que se pretende ejecutar no figura inscrita en el registro inmobiliario a favor de la pretendida ejecutante y no es otro el obstáculo que lo impide, que nada tiene que ver con la titularidad del crédito pecuniario, ni con el tracto sucesivo, carecen de virtualidad para la estimación del recurso los motivos que en el escrito presentado se epigrafían como "otros", tales como que la no inscripción de la nueva titularidad de la hipoteca no supone ruptura del tracto sucesivo, que puede reanudarse mediante el tracto abreviado, o que la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito permite la ejecución de la garantía, pues la singular ejecución que se pretende exige, precisamente, que la garantía figura inscrita a nombre del ejecutante.

6. Recordamos, en relación con lo que se viene diciendo, que dispone el art. 130 LH que " El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo ".

Pues bien, si con arreglo a esta norma debe existir concordancia entre la pretensión del instante de la ejecución contra el bien hipotecado y el título asentado en el Registro de la Propiedad, no existe tal homogeneidad si, siendo el promotor de la ejecución Banco Cam SAU, resulta que no es dicha entidad la titular de la garantía según el asiento, sino Caja de Ahorros del Mediterráneo.

Es propio de la disciplina legal hipotecaria el principio de la necesidad de la inscripción como requisito para la eficacia de la garantía real. Tanto para entender constituida la misma como, por lo menos, para la virtualidad de la modificación subjetiva afectante a alguna de las partes.

Recordemos que mediante el proceso de ejecución que promueve la recurrente pretende la realización de la garantía, no simplemente que se le reconozca la condición de acreedora.

No se cuestiona la efectividad de la cesión en bloque, ni tampoco de la fusión cuando tal es el caso, sino únicamente si puede incoarse el proceso de ejecución hipotecaria a instancias de quien en el Registro no figura como titular de la garantía real.

Por otra parte, el sistema de folio real o por fincas (arts. 8.1 y 2 , 13.1 y, sobre todo, 243 LH) comporta que todas las incidencias que afecten a una finca, entre las que se cuenta las que incidan en la garantía real constituida y el cambio de su titularidad, consten en la correspondiente inscripción .

7. Añadamos que la postura que mantiene este tribunal viene avalada por el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

a) En sendas Resoluciones DGRN de 19 y 21 de marzo de 2013 (BOE de 17 de abril de 2013, marginales 4062 y 4066) se dice en ambas, con expresa cita del art. 130 LH antes transcrito: " Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (véase Resoluciones señaladas en los «Vistos») no cabe duda que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de

hipoteca (artículo 1.875 del Código Civil y artículos 130 y 145 de la Ley Hipotecaria). De esta manera, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el artículo 130 de la Ley Hipotecaria , sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.

Debe añadirse a ello, la función esencialmente protectora de la posición del deudor que tiene todo el procedimiento registral. La ejecutividad del procedimiento se compensa con la celosa protección de los derechos del ejecutado, de manera que sólo podrá procederse en los términos proclamados por los asientos registrales.

Teniendo en cuenta por tanto la importancia de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, el carácter constitutivo que la inscripción tiene en relación a la hipoteca y sus modificaciones (cfr. artículos 145 y 149 de la Ley Hipotecaria) y el carácter esencialmente registral del procedimiento de ejecución hipotecaria , (...)"

b) Resoluciones posteriores del Centro Directivo del registro inmobiliario y mercantil apuntan en el mismo sentido.

En las Resoluciones de la DGRN de 5 y 8 de julio de 2013 (BOE del 6 de agosto) se insiste, como en las citadas más arriba, en que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral y, puesto que es la inscripción de la titularidad sobre el crédito hipotecario la que permitirá que puedan tener acceso al RPr vicisitudes ulteriores y singularmente el decreto de adjudicación, se admite la posibilidad de que, en los casos en que el proceso de ejecución se siga a instancia de quien no figura inscrito en el Registro como titular de la garantía el Registrador pueda denegar, **por falta de tracto sucesivo, la inscripción de la adjudicación de la finca hipotecada si antes no se inscribió el cambio de titularidad de la garantía.**

c) La Resolución DGRN de 17 de octubre de 2013 (BOE 21 noviembre 2013) avala la decisión del Registrador de la Propiedad de suspender la inscripción de la adjudicación en un proceso judicial de la finca hipotecada a favor de entidad que, siendo la demandante, no era la titular registral de la garantía hipotecaria , lo que viene a reforzar el criterio mantenido por este tribunal, por más que no sea el mismo unánime en la llamada jurisprudencia menor.

8. En conclusión, si el art. 130 LH dispone que el proceso de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo puede ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo es claro que, con independencia de que el derecho de crédito ostentado por el banco apelante tenga su causa en cesión singular o general de créditos o **activos**, en fusión o en absorción, no puede seguirse el presente proceso a favor e instancia de Banco Cam SAU si no es el titular inscrito de la garantía, que en el registro inmobiliario figura a favor de Caja de Ahorros del Mediterráneo, como ya hemos señalado.

Por ello, una vez que se ha constatado que la ejecutante de la garantía no es la titular registral de la misma, bien acordada estuvo la resolución que impidió la continuación del proceso, lo que no obsta a que la entidad bancaria recurrente haga valer su derecho en el juicio declarativo correspondiente (art. 552.3 LEC).

Añadamos a lo dicho que como en el presente caso se produjo primero la segregación del negocio financiero de CAM a favor de Banco Cam SAU mediante el traspaso en bloque por sucesión universal y luego la fusión por absorción de éste por Banco Sabadell SA, será al cabo esta entidad la que deberá figurar en el registro inmobiliario como titular de la garantía real para que pueda darse curso a la ejecución hipotecaria ."

SEGUNDO.- Es cierto que esta doctrina no es pacífica, no obstante, siendo que la entidad a cuyo favor se constituyó la hipoteca es distinta de aquella otra que instó el procedimiento de ejecución hipotecaria resulta insalvable el requisito a que se refiere el artículo 149 de la Ley Hipotecaria , conforme al cual el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el (artículo 1526 del Código Civil) , si bien 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, -exigencia legal ésta que igualmente viene contemplada en el artículo 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo , sobre subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios -, debiendo tenerse en cuenta también en relación con el presente procedimiento que, como indica la STS de 7 de febrero de 2007 , "la jurisprudencia de esta Sala ha sentado como principio general el del rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria , en el que su extraordinaria limitación de la cognición procesal tiene como contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos, por lo que, como señala la Sentencia de 14 de septiembre de 2006 - con cita de las de 1 de junio de 1995 , 17 de febrero de 1997 y 8 de febrero de 2005 -, la indefensión existe cuando, cualquiera que sea la forma que se produzca, se priva a un interesado de la eficaz defensa de sus derechos legítimos, considerándose insita en la violación de las reglas que dan lugar a la nulidad, dada, precisamente, la naturaleza del proceso de ejecución que ha de ajustarse formalmente al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa".

Al hilo de lo expuesto, la parte ejecutante no ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 685 de la LEC -en relación con los artículos 1875 C. Civil y 145 de la Ley Hipotecaria - resulta ajustada a derecho, no pudiéndose apreciar, tal y como alega la parte apelante, ni supuesto de sucesión universal en el patrimonio de ambas entidades, ni la sucesión por transmisión del objeto litigioso por aplicación analógica del artículo 17 LEC , ni, finalmente, el carácter meramente declarativo de la inscripción de la hipoteca."

Ese mismo criterio es el que sostiene el AAP de Valencia Secc. 6ª de 31 de octubre de 2014, nº 195, recurso 181/2014, en el que cita el AAP de Castellón Sección 3ª, de 30 de enero de 2014, ROJ: AAP CS 2/2014, recurso: 587/2013 , y el AAP de Valencia Sección 9ª de 1 de julio de 2013, recurso 256/2013, ROJ: AAP V 82/2013;Y el AAP, Civil sección 6 del 31 de marzo de 2015 (ROJ: AAP V 80/2015 - ECLI:ES:APV:2015:80A) Sentencia: 65/2015 | Recurso: 34/2015 | Ponente: VICENTE ORTEGA LLORCA, el AAP de Valencia Secc. 6ª de 31 de octubre de 2014, nº 195, recurso 181/2014, en el que se cita el AAP de Castellón Sección 3ª, de 30 de enero de 2014, ROJ: AAP CS 2/2014, recurso: 587/2013 , y el AAP de Valencia Sección 9ª de 1 de julio de 2013, recurso 256/2013, ROJ: AAP V 82/2013 , sosteniendo que siendo que la entidad a cuyo favor se constituyó la hipoteca es distinta de aquélla otra que instó el procedimiento de ejecución hipotecaria resulta insalvable el requisito a que se refiere el artículo 149.1 de la Ley Hipotecaria , conforme al cual "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." , -exigencia legal ésta que igualmente viene contemplada en el artículo 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios

En realidad, la cesión producida es la " cesión global de activo y pasivo ", que no es otra cosa que la venta de un patrimonio mediante una contraprestación, que por tanto afecta a cada uno de los elementos que lo integran, y que, regulada por los artículos 85 a 91 de la Ley 3/2009, de 3 de abril , sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, no queda al margen del artículo 149 de la Ley Hipotecaria , cuando alguno de los activos cedidos en globo se halla garantizado por el derecho real de hipoteca y la entidad cesionaria pretende utilizar la privilegiada vía procesal que constituye la ejecución hipotecaria .

Así mismo, en el caso de autos, la parte ejecutada manifiesta tener conocimiento que el crédito hipotecario que fundamenta la ejecución no ha sido transferida ni a Banco CAM SAU ni a Banco Sabadell, pues en fecha 7 de marzo de 2007, CAM titulizó el préstamo con garantía hipotecaria concedido a los ejecutados, que pasó a formar parte de los Activos del Fondo de Titulación de Activos TDA CAM 8 mediante Escritura otorgada ante el Notario de Madrid, que ni se comunicó a los prestatarios ni se registró y que se acompaña como documento número 1 del escrito solicitando la nulidad de las actuaciones y cuyo fondo abonó por la cesión del préstamo con garantía hipotecaria el importe del 100% del capital del préstamo, de manera que desde aquella fecha el préstamo con garantía hipotecaria fue saldado, sin que los ejecutados adeuden cantidad

alguna ni a la entidad Banco Sabadell ni a la entidad Banco CAM. SAU.

Por su parte, el letrado de la parte ejecutante alega, que la transmisión del crédito de la entidad financiera al fondo de la titulación de activos TDA CAM 8 no ha ocurrido, ya que basándose en el Real Decreto 716/2009 de 24 de abril y la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario, la entidad de crédito conserva la titularidad y ejercicio del derecho de crédito, mientras que el fondo de titulación es titular de la participación y tiene acción ejecutiva frente a la entidad emitente para la efectividad de los vencimientos por principal e intereses.

Lo cierto es que, el Real Decreto-Ley 6/2010 de 9 de abril de medidas de impulso de la recuperación económica y el empleo permite que los Fondos de Titulación de Activos puedan ser titulares de cantidades que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias o cualquier otro activo financiero por resolución de procedimiento judicial o extrajudicial y por producto del remate de procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias o no hipotecarias, que no deriva en un supuesto de sucesión procesal, pero en cualquier caso, entiendo que la jurisprudencia indicada en el Fundamento de Derecho Primero es plenamente aplicable al caso de autos, que justifica la estimación de la nulidad planteada por la parte ejecutada.

TERCERO. - Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 LEC, las costas de este recurso deben ser impuestas a la parte ejecutante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al presente caso.

PARTE DISPOSITIVA

DECLARO LA NULIDAD de las actuaciones seguidas en el procedimiento de ejecución por la admisión de la Falta de legitimación activa de la entidad Banco Cam, S.A.U y consecuentemente **DECLARO el ARCHIVO** del procedimiento y con expresa imposición de costas a la parte ejecutante.

Notifíquese la presente Resolución a las partes con indicación de que contra la misma cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALICANTE (artículo 455 LECn). El recurso de apelación se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS**, contados desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, y en la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna, tal y como establece el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siendo necesaria la previa consignación de 50 euros en la cuenta de BANESTO nº y su acreditación documental, especificando en el resguardo de ingreso, en el apartado concepto que se trata de un recurso, seguido del código "02" y el tipo concreto de recurso, conforme a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, introducida por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre.

Así lo acuerda, manda y firma la Juez Sustituto del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Torreveja Doña Purificación Villalta Mompeán.

E/