

¿PUEDE EL BANCO SUCESOR UNIVERSAL INSTAR EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA SIN SER EL TITULAR REGISTRAL DE LA HIPOTECA? ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL*

José María Martín Faba
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado colegiado en el ICA de Toledo

Fecha de publicación: 19 de octubre del 2016

1. Planteamiento

Es conocido que la crisis económica global tuvo entre otros efectos que las entidades financieras, particularmente las cajas de ahorro, se cargaran de *non-performing loans* en sus balances, lo que llevó al legislador a promulgar un paquete de medidas que condujo a estas entidades a acometer complejos procesos de restructuración, concentración o fusión, que sirvieron para que traspasaran todo su negocio financiero comprensivo de activo y pasivo a unos bancos de nueva creación utilizando como vehículos escrituras de segregación. A pesar de lo anterior, las hipotecas constituidas en favor de las entidades absorbidas continuaron figurando en el Registro de la Propiedad a nombre de estas, siendo finalmente los bancos resultantes de dichas operaciones los que promovían la realización de las garantías ante los impagos de los deudores hipotecarios.

Así las cosas, se suscito en el pasado reciente una controversia en la llamada jurisprudencia menor a raíz de una serie de resoluciones de la Audiencia Provincial de Castellón [Autos de 12 de julio (AC 2012, 539), de 24 de julio (PROV 2012, 370484) y 15 de noviembre (AC 2012,1626), todos ellos de 2012] que admitieron como motivo de oposición de los deudores hipotecarios la falta de legitimación activa del banco sucesor universal por no figurar en el Registro de la Propiedad como titular de la hipoteca. Los fundamentos sustantivos de estas resoluciones fueron interiorizados por algunos Juzgados de Primera Instancia y ciertas Audiencias Provinciales, que los utilizaron para

* Trabajo realizado en el marco de la beca de colaboración con referencia 2016-BCL-5999 para el Proyecto «Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco» cuyo director e investigador responsable es el Prof. Dr. Ángel Carrasco Perera, de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

inadmitir demandas de ejecución hipotecaria o sobreseer el procedimiento ejecutivo en casos en los que el banco ejecutante, producto de las operaciones de restructuración, no era el titular registral de la hipoteca. Con todo, esta postura no fue secundada por la mayoría de la jurisprudencia menor, que asistida por sendos Acuerdos de Unificación de Criterios de las Audiencias Provinciales de Madrid y Valencia sostuvo que el banco que sucede a título universal en la totalidad del patrimonio de otra entidad está legitimado activamente para instar el procedimiento de ejecución hipotecaria y, por tanto, que debía despacharse ejecución a su favor si aportaba la correspondiente escritura de fusión, aunque no figurara en el Registro de la Propiedad como titular hipotecario.

Aunque parecía que la cuestión había quedado zanjada por el influjo de la última postura expuesta, de un examen pormenorizado de la jurisprudencia actual podemos afirmar que el tema, hoy, no es del todo pacífico en las Audiencias Provinciales.

2. Audiencias Provinciales que estiman que el banco sucesor universal está legitimado activamente para instar el procedimiento de ejecución hipotecaria aunque no sea el titular registral de la hipoteca

En la actualidad, la generalidad de las Audiencias Provinciales¹ en supuestos de

¹ AP de Barcelona (Sección 13ª) Auto núm. 71/2016 de 2 marzo (JUR\2016\101847) y Auto núm. 204/2015 de 29 junio (JUR\2015\231829); (Sección 19ª) Auto núm. 115/2016 de 28 abril (AC\2016\1162), Auto núm. 64/2016 de 2 marzo (JUR\2016\131438), Auto núm. 140/2016 de 12 mayo (JUR\2016\191252) y Auto núm. 39/2016 de 10 febrero (JUR\2016\97027); (Sección 4ª) Auto núm. 108/2016 de 16 marzo (JUR\2016\123147) y Auto núm. 176/2016 de 11 mayo (JUR\2016\189655); AP de Madrid (Sección 18ª) Auto núm. 188/2015 de 1 junio (JUR\2015\178956); (Sección 9ª) Auto núm. 1/2016 de 8 enero (JUR\2016\43808) y Auto núm. 207/2016 de 12 mayo (JUR\2016\171229); (Sección 10ª) Auto núm. 91/2016 de 11 marzo (JUR\2016\88504) y Auto núm. 147/2015 de 15 abril (JUR\2015\206876); (Sección 12ª) Auto núm. 66/2016 de 10 marzo (JUR\2016\161750); AP de Girona (Sección 2ª) Auto núm. 127/2016 de 12 mayo (JUR\2016\183074) y (Sección 1ª) Auto núm. 136/2016 de 30 mayo (JUR\2016\181191); AP de Almería (Sección 1ª) Auto núm. 10/2016 de 15 enero (JUR\2016\79122) y Auto núm. 23/2016 de 19 enero (JUR\2016\7930); AP de Córdoba (Sección 1ª) Auto núm. 206/2016 de 9 mayo (JUR\2016\179773) y Auto núm. 309/2015 de 19 junio (AC\2015\1119); AP de Granada (Sección 3ª) Auto núm. 62/2016 de 19 abril (JUR\2016\178400); AP de Las Palmas (Sección 5ª) Auto núm. 155/2016 de 30 marzo (JUR\2016\135480), Auto núm. 222/2016 de 21 abril (JUR\2016\159100) y Auto núm. 279/2015 de 15 octubre (JUR\2016\23955); AP de Cádiz (Sección 8ª) Auto núm. 201/2015 de 14 septiembre (AC\2016\88) y Auto núm. 214/2015 de 21 septiembre (AC\2016\89); de forma *obiter dicta* AP de Ciudad Real (Sección 1ª) Sentencia núm. 283/2015 de 16 noviembre (JUR\2015\297662); AP de Islas Baleares (Sección 5ª) Auto núm. 55/2015 de 31 marzo (JUR\2015\114871); AP de Jaén (Sección 1ª) Auto núm. 275/2015 de 5 noviembre (JUR\2016\29760) y *obiter dicta* Sentencia núm. 243/2015 de 3 junio (JUR\2015\228054); AP de Málaga (Sección 5ª) Auto núm. 246/2015 de 30 septiembre (JUR\2015\290707), Auto núm. 315/2015 de 16 noviembre (JUR\2016\88507) y Auto núm. 222/2015 de 11 septiembre (JUR\2015\292132); AP de Sevilla (Sección 6ª) Auto núm. 272/2015 de 12 noviembre (JUR\2016\30866) y Auto núm. 284/2015 de 25 noviembre (JUR\2016\30651) y; AP de Valencia (Sección 6ª) Auto núm. 323/2015 de 18 diciembre (JUR\2016\145591) y (Sección 7ª) Auto núm. 8/2015 de 23 enero (AC\2015\693).

operaciones societarias que implican la transmisión en bloque del activo y del pasivo del negocio financiero de una entidad a otra, configurándose como una sucesión universal entre sociedades mercantiles, entienden que la adquirente tiene legitimación activa para instar la ejecución hipotecaria presentando el título que acredite la sucesión universal, sin ser exigible la inscripción registral del cambio en la titularidad de la garantía. Las Audiencias que llegan a esta conclusión lo hacen principalmente a través de dos razonamientos:

2.1. Diferencia entre la cesión singular de créditos y la cesión universal

En ocasiones los ejecutados se oponen al despacho de ejecución alegando que *ex artículo 149 de la LH (“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 banco ejecutante sucesor universal no está legitimado para instar la ejecución hipotecaria ya que no tiene inscrita la garantía a su nombre en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, la mayoría de las Audiencias consideran que las operaciones de transmisión del conjunto de activos y pasivos que integra la totalidad del patrimonio empresarial de una entidad a otra no constituyen la cesión de créditos a la que se refiere el artículo 149 de la LH. Así, según las Audiencias partidarias de esta postura la cesión se configura en nuestro ordenamiento como la transmisión de un crédito concreto y, en ese sentido, el artículo 1.526 del CC se refiere siempre en singular al “*crédito, derecho o acción*” cedidos, tratándose a su criterio de una cesión singular. Afirman las defensoras de esta tesis que la cesión universal responde a otro fenómeno distinto, a saber, la sustitución de una persona (causante) en la posición que mantenía otra (causahabiente) en relación a la totalidad de su patrimonio, en su más amplio sentido, con inclusión del activo y del pasivo. Además, aseveran estas Audiencias Provinciales que la Ley Hipotecaria se ciñe a la cesión singular, como lo revela la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 diciembre, al artículo 149 de la LH, al referir la cesión que regula a la prevista en el artículo 1.526 del CC.

Sostienen las Audiencias que se inclinan por esta doctrina que cuando se trata de una sucesión universal no se requiere más formalidades que las que deriven de la propia norma que defina y regule el mecanismo sucesorio. Es decir, consideran que en estos casos de sucesión universal la titularidad del crédito que se trata de hacer efectivo en el proceso de ejecución deviene, previa segregación, de una cesión global de activo y pasivo de la anterior titular al nuevo ente que se crea. Exponen en este sentido que los artículos 81 a 91 de la Ley 3/2009, de 9 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, configuran como nueva forma de sucesión universal entre sociedades mercantiles la cesión global (artículo 71), que solo requiere para su efectividad de escritura pública e

inscripción en el Registro Mercantil.

Por todo lo anterior entienden estas Audiencias que resulta inaplicable el artículo 149 de la LH, pues las transformaciones societarias no están bajo su regulación. Así pues, entienden que en casos de sucesión universal la legitimación activa se justifica conforme determina el artículo 540.2 I de la LEC que dispone que “*para acreditar la sucesión (...) habrán de presentarse al tribunal los documentos fehacientes en que aquélla conste. Si el tribunal los considera suficientes a tales efectos por concurrir los requisitos exigidos para su validez, procederá, sin más trámites, a despachar la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados*”. Por tanto, consideran estos tribunales que la legitimación activa se acreditará por el ejecutante con la presentación de la escritura de fusión inscrita en el Registro Mercantil al órgano judicial que conoce de la ejecución hipotecaria.

2.2. La inscripción de la cesión tiene carácter declarativo, no constitutivo

Además, suelen añadir estas Audiencias Provinciales como argumento *ex abundantia* que aun en la hipótesis de que se tratase de una cesión de crédito simple en el sentido del artículo 149 de la LH, la inscripción de la misma carece de efecto constitutivo en base a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de octubre de 1957, de 7 de julio de 1958, de 5 de noviembre de 1974, de 16 octubre 1982, de 11 de enero de 1983, de 23 de octubre de 1984 y de 12 de noviembre de 1992, entre otras) que asevera que la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a este tenga otro alcance que el obligarlo con el nuevo deudor; debiendo entenderse las exigencias del artículo 149 LH sobre inscripción del crédito hipotecario cedido en relación con sus efectos para con terceros, puesto que en esta materia el ordenamiento jurídico civil e hipotecario sigue la orientación de que la inscripción de la cesión es meramente declarativa y, en consecuencia, solo fortalece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral. En este sentido señalan que el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de Diciembre del 2009 declaró que un banco sucesor universal de otra entidad tenía legitimación activa para instar el procedimiento de ejecución hipotecaria a pesar de que la hipoteca estaba inscrita en el Registro a nombre del banco absorbido.

Por tanto –ya sea desde la perspectiva de la cesión singular del crédito hipotecario, con inscripción no constitutiva, o desde el planteamiento de la transmisión en bloque de patrimonios que en puridad es lo que sucede en estos casos–, a juicio de estas Audiencias la entidad actora sucesora universal tiene

plena legitimación activa para el ejercicio de la acción hipotecaria, y la falta de inscripción de la cesión no puede nunca justificar la inadmisión de la demanda de ejecución hipotecaria o el archivo de las actuaciones. En definitiva, según los tribunales partidarios de esta opción basta con que el ejecutante sucesor universal aporte la escritura pública de fusión por absorción debidamente inscrita en el Registro Mercantil como requisito que acredite su legitimación activa para promover la acción hipotecaria.

3. Audiencias Provinciales que entienden que el banco sucesor universal no está legitimado activamente para instar el procedimiento de ejecución hipotecaria si no es el titular registral de la hipoteca

En la jurisprudencia actual solo tengo constancia de que se decanten por esta postura la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Autos núm. 164/2016 de 26 abril [JUR\2016\132063] y núm. 52/2016 de 15 febrero [JUR\2016\71215]) y la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid (Auto núm. 42/2016 de 19 febrero [JUR\2016\94822]). No obstante, seguro que hay más Audiencias que se inclinan en esta dirección.

Ante todo, estas resoluciones entienden de cara a examinar la posible falta de legitimación activa del actor sucesor universal que no debe diferenciarse si este ha adquirido el préstamo hipotecario a través de una cesión singular o mediante sucesión universal.

Manifiestan las Audiencias Provinciales que se inclinan por esta tesis que el acreedor cesionario tiene a su disposición varias vías legales para exigir el crédito cedido – declarativo, ejecución ordinaria, hipotecaria o venta extrajudicial –, pero, si quiere ejecutar la garantía hipotecaria acudiendo al procedimiento especial y sumario con las ventajas procesales que ello le comporta habrá de cumplir las formalidades exigidas para optar a esa vía.

Por ello, aseveran que la legitimación activa para el ejercicio de esa acción corresponde no ya a todo aquel que *"aparezca como acreedor en el título ejecutivo"* o a quien acredite ser su sucesor, tal como establecen para la ejecución común los artículos 538.2 I y 540 de la LEC, sino únicamente a quien figure como titular de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, ya que consideran que el procedimiento ejecutivo hipotecario es de base estrictamente registral, como proclama el artículo 130 de la LH, según la redacción que le diera la Ley 1/2000, modificada a su vez por la Ley 41/2007, a cuyo tenor el procedimiento se desarrolla *"sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo"*.

Asimismo, alegan que si aceptaran la legitimación activa del sucesor universal sin tener inscrita la hipoteca a su nombre el artículo 688.1 LEC quedaría vacío de contenido. Este precepto versa sobre la solicitud que debe realizar el Letrado de la Administración de Justicia al Registrador de la Propiedad para que expida certificación de dominio y cargas con la finalidad de incorporarla al proceso, la cual debe de recoger, entre otras circunstancias, la subsistencia de *"la hipoteca en favor del ejecutante"*.

Destacan también que la eficacia del proceso judicial de realización de un bien hipotecado está subordinada no solo a la recta observancia de las reglas procesales sino también a la mecánica registral, como lo prueba que la inscripción del auto de adjudicación prevista en el artículo 134 LH esté supeditada a la inexistencia de obstáculos que resulten de los asientos registrales, cuyo análisis corresponde al registrador por medio de la preceptiva calificación del título, incluido el judicial.

Además, estas Audiencias entienden que la nueva regulación del artículo 149 LH operada por la Ley 41/2007, distingue en su redacción actual entre la cesión del préstamo hipotecario y la cesión de la hipoteca, de forma que si para la primera se limita a establecer que *"podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el art. 1526 del Código Civil"*, en cuanto a 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"*, de modo que, si bien resulta incuestionable la posibilidad de ceder el préstamo sin especiales requisitos formales, la utilización del procedimiento sumario y especial de ejecución de la garantía hipotecaria impone que la cesión se haya hecho constar en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad. A juicio de estos tribunales la nueva redacción se muestra como una aclaración o acentuación del rigor especialmente buscado por el Legislador frente a las dudas que pudiesen surgir de la redacción anterior, de modo que a su parecer carecería de sentido el precepto si se prescinde de la obligación de inscribir la cesión de la hipoteca como un presupuesto formal para posibilitar la ejecución de la garantía real en el procedimiento hipotecario. Por tanto, señalan que lo relevante de la nueva regulación del primer párrafo del artículo 149 de la LH es que subraya el carácter constitutivo de la inscripción registral también en caso de transmisión de la hipoteca subsiguiente a la transmisión del crédito garantizado, lo que a su entender se complementa en el orden registral con la indicación de que esa cesión *"se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción a favor del cesionario"* (art. 244 RH).

También señalan que idéntica orientación restrictiva de la legitimación del ejecutante en el procedimiento hipotecario sigue la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, cuyo artículo 6 prescribe, en relación a la ejecución de la hipoteca, que la entidad subrogada debe presentar amén del título de

crédito revestido de los requisitos exigidos por la LEC para despachar ejecución la primera copia auténtica "*inscrita*" de la escritura de subrogación.

4. Comentario

Pues bien, creo que los jueces no deben exigir que el banco que sucede a título universal a otra entidad financiera sea el titular registral de la hipoteca para que pueda instar legítimamente el procedimiento de ejecución hipotecaria. En primer lugar, porque la falta de inscripción de la titularidad hipotecaria a favor del sucesor universal en el Registro de la Propiedad se suple con la escritura de fusión por absorción y su posterior inscripción en el Registro Mercantil, que da publicidad material de la implícita transmisión de titularidad hipotecaria que conlleva la adquisición de todo el activo y pasivo por sucesión universal. Por otro lado, no creo que puedan producirse los problemas que manifiestan los detractores de esta tesis como por ejemplo una nueva cesión del crédito hipotecario por parte del titular registral a otra entidad distinta de la sucesora universal o el pago extrajudicial hecho por un acreedor posterior al titular registral o por terceros interesados en pagar la deuda a nombre del deudor. Es imposible que se produzcan todas estas situaciones ya que nos encontramos en casos de sucesión universal en los que ya no existe la sociedad que concedió el préstamo hipotecario, siendo harto complicado que un ente inexistente pudiera ceder crédito alguno, o que alguien pagara a una entidad que ha desaparecido del tráfico mercantil.

Asimismo, la tesis que propugno creo que es la más acorde con la realidad social contemporánea, en la que gran parte de las entidades financieras se han fusionado o han sido absorbidas por otras, traspasando en bloque su activo patrimonial, y permaneciendo las hipotecas inscritas a nombre del anterior titular. A mi juicio, carecería de sentido común tener que obligar a los bancos a modificar o actualizar la inscripción de todas las hipotecas concedidas por las entidades financieras que han absorbido con la finalidad de que aquellos aparezcan como nuevos titulares hipotecarios en el Registro de la Propiedad y poder así interponer una demanda de ejecución hipotecaria, cuando es evidente que con la sucesión universal han asumido todos los derechos y obligaciones de las entidades absorbidas, y por tanto, la titularidad de las hipotecas que estas concedieron, lo que como dijimos queda suficientemente publicitado con la inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil.

Tampoco creo que si se opta por esta tesis el artículo 688.1 LEC quede vacío de contenido ya que el Letrado de la Administración de Justicia seguirá solicitando del Registrador de la Propiedad la certificación del dominio y cargas con la finalidad de saber si esta se halla subsistente y sin cancelar a favor de la entidad absorbida por la entidad financiera ejecutante, información que junto a la escritura de fusión inscrita en



el Registro Mercantil permitirá al juez saber si realmente la hipoteca es titularidad de esta última. Incluso, si finalmente el banco ejecutante se adjudicara el inmueble el registrador de la propiedad podría inscribir el decreto de adjudicación a favor del ejecutante que no es titular registral sin contravenir el principio del tracto sucesivo, ya que la escritura de fusión inscrita en el Registro Mercantil impide que se quebrante este axioma registral.

Pero es que además si se obligase a los bancos sucesores universales a realizar los cambios de titularidad de todas las hipotecas en el Registro de la Propiedad se acabarían repercutiendo los gastos de transacción a los futuros prestatarios, con el más que probable aumento del precio del préstamo hipotecario. Al final, las decisiones de los jueces que inadmiten demandas de ejecución hipotecaria o sobreseen el procedimiento porque el banco actor sucesor universal no es el titular registral de la hipoteca creo que no favorecerán al deudor hipotecario, que finalmente será ejecutado y verá repercutidos en él los gastos del cambio de la titularidad hipotecaria en el Registro de la Propiedad.