

2. MERCANTIL

Legitimación activa y titulización. ¿Cotitularidad fiduciaria?

Active legitimation and Securitization. Fiduciary joint ownership?

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado

RESUMEN: La legitimación activa en las participaciones hipotecarias tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 y el Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre.

ABSTRACT: Active legitimation in mortgage bonds in the judgment of the Spanish Supreme Court of 20 October 2021 and the Royal Decree Law num. 247/2021 of 2 November 2021.

PALABRAS CLAVE: Legitimación activa. Participaciones hipotecarias. Fiducia. Cesión de créditos.

KEY WORDS: Active legitimation. Mortgage bonds. Trust. Assignment of receivables.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL LEGISLADOR.—II. LA NECESARIA ADAPTACIÓN LEGISLATIVA.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

El debate en torno a la legitimación activa del banco emisor de participaciones hipotecarias ha sido arduo en estos últimos años propiciado, entre otras razones, no solo por la dificultad en clarificar la naturaleza jurídica de las relaciones derivadas del proceso de titulización que implica la emisión de las participaciones hipotecarias, sino también por la falta de precisión sobre el estado de la cuestión en la legislación financiera existente y la inexistente coherencia de la misma con la legislación procesal aplicable.

La reproducción del mismo en estos momentos no es la tarea que nos ocupa remitiéndonos a la abundante literatura jurídica existente así como a las múltiples

sentencias de nuestras Audiencias Provinciales que ciertamente y con carácter mayoritario han venido a sostener que la legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria corresponde a la entidad de crédito emisora de las participaciones hipotecarias y no al Fondo de Titulización a través de su Sociedad Gestora o a los partícipes, principalmente sobre el argumento de la inexistencia de una plena cesión de créditos en el proceso titulizador¹.

No obstante lo anterior, sí que merece la pena recordar que la discusión sobre el particular se vio enormemente incrementada tras el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 95777), que negó la legitimación activa en la ejecución hipotecaria a la entidad emisora en el caso del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando ha existido emisión de participaciones hipotecarias, tras una exposición de las diferentes teorías acerca de la naturaleza del negocio jurídico instrumentado en las participaciones hipotecarias decantándose por la tesis de la cesión ordinaria de créditos.

Dicho auto ya nos llamó la atención en su momento² y mostrábamos nuestra opinión sobre el particular afirmando que en los casos de participaciones hipotecarias donde efectivamente cada valor se referirá a una participación en un determinado préstamo o crédito hipotecario, en las que el emisor conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario se produce una auténtica cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa, siendo donde se nos muestra con claridad el debate que se está suscitando en la práctica acerca de la legitimación activa del Fondo de Titulización o de la entidad de crédito originariamente acreedora hipotecaria ante la cesión del crédito hipotecario operada tras la emisión de las participaciones hipotecarias y sobre el acceso de la emisión y negociación de dichas participaciones hipotecarias al Registro de la Propiedad.

Dichas teorías sobre la naturaleza jurídica discutida, que nos sirven para entender la toma de postura de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 número 708/2021, fueron bien sintetizadas en aquel auto de la siguiente forma:

a) *El análisis tradicional apreciaría la relación entre la entidad emisora de una participación hipotecaria y el titular de la participación como una adquisición constitutiva (v.g. de un derecho de usufructo de valores o de un derecho sui generis del partícipe). Bajo este entendimiento, la distribución de la legitimación estaría en función de la normativa aplicable o de lo pactado. Apoyan la postura de la adquisición constitutiva (1.º) que la LMH solo denomina «acreedor hipotecario» a la entidad emisora, aunque quizá quiera referirse a acreedor hipotecario «originario». (2.º) También se destaca que la Ley parece no contemplar la cesión del crédito mismo sino un derecho de contenido inferior, cuando prescribe que «el plazo de la participación no podrá ser superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario ni el interés superior al establecido para este» (art. 15 III LMH), si bien la inferioridad del derecho constituido sería solo cuantitativa. (3.º) El desarrollo reglamentario inicial amparaba la tesis de la adquisición constitutiva. Efectivamente, el artículo 61.3 II init. del RMH 1982 original disponía que «el emisor conservará la titularidad del crédito participado». Lógicamente, «la Entidad emisora es [era] la única legitimada para ejecutar el crédito hipotecario participado» (art. 65.1 RMH 1982 en redacc. original).*

b) *En países con mercados financieros punteros, la entidad emisora de la participación hipotecaria es un titular fiduciario que coexiste con la titularidad material*

del partícipe. Se trata del modelo del fideicomiso (trust) anglosajón según la doctrina de la propiedad desdoblada entre la formal o legal del fiduciario (dominium non proprie) y la material o real del partícipe beneficiario, donde el partícipe es un propietario útil (en equidad) de los créditos hipotecarios. Si la relación entre emisor y partícipe fuera fiduciaria, el emisor ostentaría la legitimación procesal frente al deudor (si bien su actuación se sujetaría al pacto interno del que nace la fiducia convencional), el partícipe también podría hacer valer en juicio su interés en determinadas circunstancias y el reparto del producto de la acción sería una cuestión interna entre emisor y partícipe. Sin embargo, la emisión de las participaciones o certificados de transmisión hipotecarios, aquí no se ha sometido a ningún Derecho de los que tradicional y habitualmente admiten las propiedades fiduciarias. La posibilidad de una titularidad fiduciaria no goza de reconocimiento general en Derecho español. No obstante, la mejor doctrina inglesa ve posible una aproximación a esquemas civilísticos, valorada la fiducia como la facultad real del beneficiario de alterar el status de las atribuciones patrimoniales recibidas por el fiduciario.

En nuestra doctrina especializada, también se intentan construcciones que, reconociendo o no la cesión del crédito al partícipe, califican a la entidad emisora de mandatario legal, especial y oneroso. Justamente, una fase intermedia de nuestra reglamentación de las participaciones hipotecarias podría adscribirse a la teoría de la titularidad fiduciaria: «El emisor conservará la custodia y administración del crédito hipotecario, así como la titularidad parcial del mismo» (art. 65.3 II init. RMH 1982 redacc. RD 1289/1991). Su trasunto en materia de legitimación dispone: «La ejecución del crédito hipotecario participado corresponde a la Entidad emisora y al titular de la participación» (art. 65.1 RMH 1982 redacc. RD 1289/1991). (c) En la tercera tesis general, la figura de la participación supone, sencillamente, una transmisión o cesión del crédito, total o parcial. En esta línea, el titular de la participación indiscutiblemente tendría acción contra el deudor hipotecario y también contra el fiador porque «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio» (art. 1528 CC). «El cessionario se subrogará en todos los derechos del cedente» (art. 149 III LH). Ahora bien, si la cesión fuera total y no solo parcial, entonces el transmitente o cedente perdería su legitimación, quedando como único legitimado ordinario el partícipe adquirente o cessionario».

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 se adscribe a la teoría fiduciaria para sostener la legitimación activa de la entidad de crédito emisora en función de los siguientes razonamientos que destacamos y que integran la *ratio decidendi*:

— (FJ Tercero núm. 5): «la emisión de participaciones hipotecarias se articula mediante una regulación jurídica, de difícil encaje en las categorías de negocios jurídicos existentes con anterioridad en nuestro Derecho, que configura una cesión no ordinaria de cuotas de los créditos derivados de esos préstamos o créditos hipotecarios, de naturaleza *sui generis* y con un claro componente fiduciario».

— (FJ Tercero núm. 6): «La entidad financiera que emite esas participaciones, que representan cuotas del préstamo o crédito hipotecario (que pueden alcanzar la totalidad del crédito), no desaparece del préstamo o crédito respecto del que emite las participaciones, sino que permanece como titular, lo que determina que sobre el crédito o préstamo hipotecario participado exista, desde el lado activo, una cotitularidad, que no está sujeta al régimen ordinario de las obligaciones mancomunadas o parciales sino al régimen especial que resulta de la Ley y, en su caso, de lo pactado en la escritura de emisión».

Así pues, «cotitularidad con un claro componente fiduciario» es para el Tribunal Supremo la naturaleza jurídica que merece las relaciones jurídicas entre la entidad emisora de la participación y el partícipe de la misma, lo que le lleva a decidir que la legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria la ostenta la entidad emisora de las participaciones hipotecarias pese, a su juicio, a la inexistente cesión del crédito hipotecario.

Si como decíamos anteriormente, el debate sobre el particular ha sido arduo con reproche a la falta de claridad y precisión en la legislación aplicable, nos sorprende que tales discusiones que han desembocado en numerosísimas ocasiones en la práctica de nuestros Tribunales al enjuiciamiento del titular de la legitimación activa en estos supuestos de titulización no hayan tenido eco en el legislador quien pese a derogar expresamente la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario con efectos de 4 de noviembre de 2021, por la disposición derogatoria única a) del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre de 2021, nos sigue ofreciendo una redacción de la norma jurídica especial, sobre el problema propuesto, prácticamente en idénticos términos a la derogada.

3. *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 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 este fuera inferior. El titular de la participación podrá compelir al acreedor hipotecario para que inste la ejecución.*

4. *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.*

5. *En caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación solo será impugnable en caso de existencia de fraude en la constitución de gravamen, quedando en todo caso a salvo los derechos de terceros de buena fe.*

6. *El titular de la participación gozará de un derecho absoluto de separación en caso de concurso de la entidad emisora de la participación.*

Es decir, tras varios años de resoluciones judiciales contradictorias donde la falta de claridad y precisión del legislador ha venido siendo la constante en los razonamientos de las mismas, volvemos a encontrarnos con una redacción normativa que sigue sin arrojarnos la luz que hubiéramos deseado y lo que es aún más grave, si cabe, sin coherenciar esta legislación financiera del proceso titulizador con los preceptos reguladores de la ejecución hipotecaria previstos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como expondremos con mayor detalle a continuación.

En el ámbito registral, también esperamos la reacción del Centro Directivo tras la meritada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021.

Decimos lo anterior porque la DGSJFP, en Resolución núm. 8915/2020 de 12 de junio (RJ 2020, 3022) se decantaba claramente por la tesis de la cesión ordinaria de créditos en los supuestos de emisión de participaciones hipotecarias, razonando al respecto lo siguiente: «En cambio, las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipoteca son títulos valores que transmiten o ceden todo o una parte de uno o de varios de los préstamos o créditos hipotecarios

de la cartera de la entidad emisora a terceros, y podrá hacerse a lo largo de toda la vida del préstamo a que se refieran, siempre que el plazo de la participación no exceda del vencimiento de dicho préstamo. Esta transmisión no necesita de inscripción registral pues ni el artículo 15 de la Ley 2/1981, que regula la emisión de participaciones hipotecarias, ni los artículos 17 y 22 de la Ley 5/2015, que regula la transmisión de activos (participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca, entre otros) a los fondos de titulización, la exigen; pero, hoy en día, nada impide su inscripción, aunque la cesión sea en favor de fondos de titulización sin personalidad jurídica, ya que según el artículo 16.3 de la citada Ley 5/2015, «se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización».

II. LA NECESARIA ADAPTACIÓN LEGISLATIVA

A nuestro juicio, la propuesta que nos realiza el Tribunal Supremo de «*cotitularidad con un claro componente fiduciario*» no resuelve la cuestión.

Sobre este punto, GÓMEZ GÁLLIGO reconociendo la legitimación activa en la entidad emisora³ razona que: «En realidad, la titulización implica un negocio jurídico distinto a la cesión ordinaria del crédito hipotecario, pues lo que se traslada al fondo de titulización no es el pleno dominio del derecho —como ocurre en la cesión propia— sino alguna de las facultades inherentes a la titularidad, como la facultad de disposición (que faculta para emitir títulos sobre la cartera cedida), así como el rendimiento económico, el riesgo de impago, e incluso —si así se pacta— la gestión, acercándose más bien a figuras de gestión fiduciaria, como ocurre en los fideicomisos de influencia anglosajona. De hecho, muchos de los problemas de interpretación y aplicación práctica de la normativa sobre titulización es que está basada en estructuras fiduciarias no plenamente acordes con la tradición jurídica española. Y esto produce incoherencias a veces de difícil resolución».

O sea, vemos como efectivamente se acepta y compartimos que se transmite el «*rendimiento económico*», lo que nos lleva necesariamente a plantearnos en realidad y más allá de precisiones terminológicas y conceptuales, quién es realmente el acreedor, puesto que ya lo adelantamos no podemos olvidar (lo que por otro lado, sí hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021, que ni siquiera lo menciona) es que en el proceso de ejecución hipotecaria hemos de tener muy presente el artículo 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que literalmente prevé lo siguiente:

2. A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley.

En palabras de GIMENO SENDRA, con quien coincidimos, la referida norma procesal especial implica que: «En la ejecución sobre bienes hipotecados hay que acreditar ser titular del crédito»⁴. O sea, la titularidad del crédito es esencial en el proceso de ejecución hipotecaria, lo que obviamente cobra singular importancia si lo que se quiere es legitimar activamente a la entidad emisora, *ex artículo 10.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tal y como hace la sentencia del Tribunal Supremo analizada, negando la posibilidad de una legitimación extraordinaria, *ex artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (FJ. Tercero, apdo. núm. 15).

Volviendo sobre la transmisión del rendimiento económico, ello tiene su expresión en el propio artículo 26 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, que aparte de mostrarnos la tan recurrida expresión por parte de la resoluciones judiciales habidas para justificar la inexistencia de la cesión ordinaria de que efectivamente el emisor conserva la «custodia y administración» también regula lo anterior, de la siguiente forma: *«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».*

Pero, a los efectos que nos ocupa, ¿qué implica esa transmisión del rendimiento económico? ¿Quién es el titular del crédito y por tanto acreedor?

La DGSJFP, en Resolución núm. 8915/2020 de 12 junio, lo tiene claro y afirma sin ambages lo siguiente: *«Por tanto, la aportación de derechos de crédito a un fondo de titulización supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo o crédito, pero conserva por Ley la titularidad registral y sigue manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración; siendo el fondo de inversión el nuevo acreedor, en todo o en parte, el cual se subroga en la misma posición jurídica que tenía de la entidad cesionaria concedente del crédito, ocupando su lugar en las relaciones con el deudor o prestatario, en lo referente al pago de la deuda».*

O sea a juicio del Centro Directivo, la entidad emisora «deja de ser la acreedora del préstamo o crédito» y esta toma de postura tiene a nuestro juicio una gran trascendencia a valorar en relación con el requisito relativo a la acreditación de la titularidad del crédito que exige el artículo 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como hemos visto.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 20 de octubre de 2021 afirma lo contrario que la DGSJFP, manteniendo el carácter de «acreedor hipotecario» en la entidad emisora de las participaciones hipotecarias para llegar (aunque sin mencionar el artículo 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a sostener por tanto la legitimación procesal activa de la entidad emisora afirmando (FJ. Tercero. núm. 7) lo siguiente: *«Esto se traduce [«cotitularidad con un claro componente fiduciario»] en que el emisor de las participaciones hipotecarias sigue percibiendo los pagos del deudor hipotecario y, en lo que respecta a la legitimación, sigue siendo considerado como «acreedor hipotecario» (así lo denomina el artículo 15 LHM, en contraposición con el «titular de la participación», que cuenta con la garantía hipotecaria para la efectividad del crédito)».*

Esto es, como vemos esta denominada «cotitularidad con un claro componente fiduciario» es lo que lleva al Tribunal Supremo a afirmar previamente a lo anterior (FJ. Tercero. núm. 6) lo siguiente: *«La entidad financiera emisora de las participaciones tiene atribuida la custodia (por ejemplo, ejercicio de la acción de devolución del art. 117 LH) y administración del préstamo o crédito hipotecario (lo que incluye la gestión del cobro ordinario de las cuotas de amortización periódicas) y está obligada a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo».*

Es decir, y en lo que ahora nos interesa califica a la entidad emisora como un gestor de cobro («gestión del cobro ordinario») y pese a ello sostiene que este gestor de cobro es el acreedor del préstamo hipotecario titulado. Realmente y

en nuestra opinión, creemos que lo anterior no es posible, ¿cómo puede resultar un gestor de cobros un verdadero titular jurídico del cobro cuya gestión tiene encomendada? A nuestro juicio, inexplicable, por mucho que quiere verse dicha posibilidad en el componente fiduciario y en una cotitularidad que sostiene el Tribunal Supremo que no se comprende con la calificación gestora anterior.

GIMENO SENDRA (*vid. op. cit.*) interpretando el dictado del artículo 10.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «serán considerados partes legítimas quiénes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso», nos dice con razón lo siguiente: «Del enunciado concepto legal («parte legítima», que actúa en el proceso como «titular de la relación jurídica») claramente se infiere que la legitimación viene establecida por una norma de Derecho material, que otorga a quién interpone la pretensión o se opone a ella la titularidad del derecho subjetivo u obligación jurídica material, del bien jurídico o del interés legítimo que se discute en el proceso y que ejercita frente a quien reclama su titularidad o impide su disfrute, habilitándole para obtener la tutela jurisdiccional de dicho derecho, bien o interés legítimo».

Por tanto y como no podía ser de otra forma, conjugando los artículos 10.1 y 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tenemos que el «*título de crédito*» lleva la consideración de «*parte legítima*» a quien es titular material del derecho subjetivo, o lo que es lo mismo y en esta materia a quien resulte acreedor y según lo expuesto, ¿puede serlo el gestor de un cobro?, evidentemente, creemos que no. Volviendo sobre lo anterior, el propio Tribunal Supremo nos dice en el (FJ Tercero núm. 6) que: «el emisor percibe los pagos del deudor y tiene obligación de transferir al titular de la participación los flujos económicos estipulados en la emisión de la participación, que no pueden ser superiores a los que el banco emisor tiene derecho a percibir del deudor hipotecario ni tener un plazo superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario».

Es decir, si el emisor tiene «*la obligación*» de transferir los flujos económicos al titular de la participación, efectivamente, entendemos que el titular de «*los flujos económicos*» y por tanto verdadero acreedor no puede ser el emisor lo que le impide la legitimación activa discutida.

Las consideraciones y conclusiones anteriores, evidentemente, quedan fácilmente desvirtuadas para los partidarios de la efectiva transmisión de propiedad en lo que se denomina fiducia-gestión, o bien, negocio fiduciario «*cum amico*».

En este sentido, MATEO Y VILLA⁵ muestra con rotundidad su opinión sobre la transmisión dominical en la fiducia gestión o fiducia «*cum amico*», afirmando que: «Entendemos —como veremos más adelante al hacer referencia al principio de causalidad de nuestro ordenamiento jurídico— que la administración de un bien es causa suficiente para la transmisión dominical del mismo bien. Por tanto, el fiduciario se convierte en verdadero propietario a todos los efectos, aunque con un dominio condicionado temporal y teleológicamente (iii) En cuanto a la ii) fiducia cum amico, no existe ningún precepto similar al artículo 1859 del Código civil que impida que las partes puedan transmitir el dominio a los efectos de administración. Esto hace que al no existir una norma de derecho público que impida a las partes transmitir el dominio, si las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente derivados de su propia voluntad (80), no se entiende que se declare que la administración de un bien no faculta la transmisión dominical del mismo bien en favor del administrador-fiduciario. Los artículos 1274 y siguientes del Código civil son lo suficientemente amplios como para incardinarn dentro de ellos una transmisión de la propiedad en la que el fiduciante pierda dicha titularidad a favor del fiduciario y este se

vea obligado a gestionar el patrimonio única y exclusivamente al fin propuesto y de acuerdo con los pactos de las partes.

En nuestra opinión, entendemos que las partes desearon la transmisión del dominio a los efectos de que el bien sirviera para la realización de un fin lícito, querido por las partes con conocimiento del negocio realizado, que no disimula ningún otro acto y que, por tanto, es merecedor de la tutela jurídica.

Por ello, entendemos que la propiedad ha salido del fiduciante a favor del fiduciario, por lo que interpretar lo contrario es establecer un aserto apriorístico respecto del negocio expresado y contrario a la voluntad manifestada de las partes».

No podemos compartir la anterior opinión, realmente la «custodia y administración» a la que hace referencia la norma jurídica como facultades de la entidad emisora no puede servir como presupuesto para la transmisión de la propiedad, *ex artículo 609 del Código civil*, no sirviendo como cobertura a estos efectos la pretendida amplitud del artículo 1274 del Código civil.

Con acierto, DÍEZ-PICAZO⁶ afrontaba y solventaba el problema con base en el artículo 609 del Código civil, del siguiente modo: «Sin embargo, el problema grave no consiste en articular la causa como “causa del contrato”, en el sentido de los artículos 1261 y 1274 del Código civil, sino en articularla como causa de una especial transmisión de la propiedad. En nuestro Derecho Positivo, la propiedad se transmite, según dice el artículo 609 del Código civil «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Entre estos contratos que justifican una transmisión de la propiedad no se encuentra la fiducia. La fiducia pura solo es posible en aquellos sistemas jurídicos que admiten medios abstractos de transmisión del dominio. Así ocurría en el Derecho alemán. En estos sistemas es posible la transmisión de la propiedad por medio de un mecanismo abstracto, que dé cauce al negocio fiduciario. Esto no es posible en el Derecho español, donde hay que recurrir a alguno de los contratos típicos, señaladamente al contrato de compraventa, lo cual plantea el arduo problema de las relaciones entre simulación y negocio fiduciario».

En análogos términos, PANTALEÓN PRIETO⁷ razonaba que el efecto jurídico de la transmisión de la propiedad no depende de la voluntad, sino cuando concurre una justa causa para ello *ex artículo 609 del Código civil*, y «ni la causa de garantía, ni la de administración de una cosa o gestión del ejercicio de un derecho son causas bastantes para transmitir la propiedad de las cosas o la titularidad de los derechos».

Trasladando el esquema de la fiducia-gestión a la relación negocial que nos ofrece la emisión de las participaciones y según la «cotitularidad con un claro componente fiduciario» afirmada por el Tribunal Supremo, necesariamente tendríamos que partir de una fiducia *ex lege* en que el titular de las participaciones hipotecarias asumiría el papel de fiduciante reconociendo el dominio con facultades gestoras en la entidad emisora para poder sostener por tanto la legitimación activa ordinaria, *ex artículos 10.1 y 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, pero a la vez existiendo una «cotitularidad». Ello nos trae a la memoria la famosa Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922, que presenta al fiduciario como un propietario formal y al fiduciante como un propietario material, ya que entendemos que la cotitularidad a la que se refiere es precisamente esta, es decir, la del desdoblamiento de propiedades al residir la expresión tras la calificación fiduciaria del negocio jurídico.

¿De nuevo nos preguntamos, es esta cotitularidad posible, incluso en este esquema de la fiducia gestión? Creemos que no, no es posible esa «cotitularidad»

que nos recuerda al propietario formal y al propietario material. En este sentido, MATEO Y VILLA en coherencia con su postura a favor de la transmisión dominical razona que: «En nuestra opinión se ha propuesto históricamente un desdoblamiento forzado y artificioso de la propiedad que, si bien inicialmente puede basarse en determinados preceptos del Código civil —*vid.* artículos 596, 1605 y 1628 y sigs.— de un estudio más profundo debemos considerar estos mismos preceptos como una adaptación literal y errónea en cuanto que no atiende a la naturaleza jurídica de propiedad expuesta en nuestra legislación. Por tanto, entendemos que nuestro ordenamiento propugna un concepto unitario de la propiedad que no permite divisiones entre un aspecto material y otro formal de la misma, lo que implica la imposibilidad de crear en nuestro ordenamiento jurídico una nueva suerte de derecho real que parte de la idea del desdoblamiento del derecho de propiedad. Entendemos —como veremos más adelante al hacer referencia al principio de causalidad de nuestro ordenamiento jurídico— que la administración de un bien es causa suficiente para la transmisión dominical del mismo bien. Por tanto, el fiduciario se convierte en verdadero propietario a todos los efectos, aunque con un dominio condicionado temporal y teleológicamente. Por tanto, el recurso al desdoblamiento de la propiedad resulta innecesario además de inadmisible en nuestro ordenamiento jurídico».

Con anterioridad, DE CASTRO⁸ se hacía eco de la crítica de la propiedad formal (que, por otro lado, han defendido, entre otros, autores de la talla de GONZÁLEZ MARTÍNEZ⁹, CÁMARA LAPUENTE, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, GÓMEZ GÁLLIGO, HERNÁNDEZ-GIL, JORDANO BAREA, LACRUZ) afirmando que: «La teoría de la propiedad formal del fiduciario, sin embargo, ha sido repetidamente criticada. Se le censura especialmente por el desdoblamiento que supone de la propiedad en material y formal, con la consiguiente creación de derechos reales extraños al ordenamiento».

Pero nuestra postura no solo es la inadmisión de dicha cotitularidad, sino también de la transmisión dominical del fiduciante al fiduciario en la fiduciación. Como acertadamente razonó y expuso DE CASTRO¹⁰, «la determinación de la titularidad del fiduciario en la «fiducia cum amico» es la que ofrece menos dificultades. Basada en una relación de mandato o en un poder representativo, la dependencia del fiduciario hacia el fiduciante se manifiestó de modo tan evidente, que ella motivó las primeras dudas y objeciones contra la teoría del doble efecto».

Como, por otro lado, afirma reiteradamente el propio Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) en la Sentencia núm. 518/2009 de 13 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4466) la «fiducia cum amico» cuyo precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, «*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostraræ res apud eum sint*») y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala [entre las más recientes Sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000 (*RJ* 2000, 1837); 5 de marzo y 16 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 5226); 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero (*RJ* 2003, 1046) y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3559)]. En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza».

Luego, ¿cambia el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 20 de octubre de 2021 su reiterado criterio para sostener que la fiducia transmite la propiedad?

No estimo que haya sido esa la intención ni el fin de la sentencia, sino intentar resolver un problema de legitimación activa procesal, con argumentos desacertados, en nuestra opinión.

A lo anterior, claramente se podrá objetar que ya existen regulaciones recientes de la fiducia en otros ordenamientos, como es el ejemplo de la introducción de la fiducia en el Código civil francés en 2007 (arts. 2011 y 2016) y que empieza a ser un clamor la necesidad de que exista una regulación expresa de la fiducia en nuestro ordenamiento jurídico. A título de ejemplo, citamos a SALVADOR CORDECH¹¹ quien, recientemente, ha afirmado y sostenido que: «Sí se admite en derecho español la figura del negocio fiduciario, con *causa fiduciae*, pero al no exigirse constitución formal y expresa, la figura misma no acaba de desembarrazarse del entorno de los negocios jurídicos anómalos, simulados e indirectos, ni, por lo tanto, de la sombra del posible fraude de derechos de terceros y, en particular, de la Hacienda Pública. En estas páginas se propone la regulación formal de la fiducia expresa: para su validez, las fiducias deberán ser expresas y formalmente constituidas en escritura pública, forma *ad solemnitatem*».

Realmente, no sabemos cuánto tiempo resistirán las objeciones causalistas que hiciera DE CASTRO a esta transmisión dominical así como al riesgo existente que de admitir la misma pudiera haber en cuanto a la enajenación por el fiduciario de la cosa dada en fiducia a terceros de buena fe, puesto que ya contamos también en el ámbito financiero con la admisión de la *fiducia cum creditore* en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la improductividad y para la mejora de la contratación pública, de lo que en su momento también nos hicimos eco¹². En esa ocasión, se reconoció la transmisión de la propiedad en la *fiducia cum creditore* a través de un Real Decreto Ley sin necesidad para ello ya que el artículo 4.3 de la Directiva 2002/47/CE prescribe literalmente lo siguiente: «Los Estados miembros que no permitan la apropiación el 27 de junio de 2002 no estarán obligados a reconocerla».

En una primera lectura de la literalidad del artículo 4.3 de la Directiva 2002/47/CE, se puede deducir que solo se está refiriendo a la apropiación del objeto de la garantía a favor del garante en el supuesto de ejecución de la obligación garantizada, lo que nos llevaría a analizar si en España se admitía a dicha fecha el pacto comisorio (la respuesta adelantada es no) o bien el pacto marciano (en nuestra opinión sí, aunque con ciertas cautelas que no se han considerado por completo en el texto del Real Decreto Ley 5/2005). Aunque una lectura más atenta, nos hace colegir que dicha apropiación, también se está refiriendo, en nuestra opinión, a la venta en garantía que se admite ahora de «*lege data*», y que implica la existencia de un negocio jurídico fiduciario «*cum creditore*», respecto del cual y como mínimo se afirma, y así creemos, la inexistencia de transmisión de propiedad derivada del mismo, y la existencia de una garantía subyacente, prohibida con carácter general por el artículo 1859 del Código civil.

Si en aquella ocasión fue un Real Decreto Ley, en esta ocasión parece ser el Tribunal Supremo quien parece apuntar argumentos para la cotitularidad fiduciaria en esta especie de fiducia gestión en este campo de las titulizaciones con emisión de participaciones hipotecarias.

De esta forma, si estamos en lo cierto y efectivamente la relación entre la entidad emisora y el fondo aunque pueda reconocérsele un componente fiduciario, no es menos cierto que esta titularidad fiduciaria no puede suponer una cotitularidad o desdoblamiento de propiedades al modo material y formal que implique reconocer titularidad alguna del crédito en la entidad emisora de las participaciones hipotecarias, lo que habría de suponer por tanto la denegación

de la legitimación activa ordinaria a la entidad emisora, *ex* artículo 10.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resultando que la titularidad fiduciaria reside en realidad en el mandato o comisión mercantil (gestión) que los partícipes hipotecarios realizan con enccomienda de las labores de custodia y administración a la sociedad emisora de las participaciones hipotecarias (actos de administración, en los términos del art. 1713 CC), y dado que hasta en la representación indirecta para adquirir se mantiene sin discusión la existencia de una única transmisión de propiedad directa desde el mandatario al principal, o sea, con cierto paralelismo podemos sostener que la gestión de cobro que efectúa la emisora en nombre propio (ya que como legislativamente se reconoce, no es necesario informar a los deudores hipotecarios de la titulización habida) y por cuenta de los partícipes respecto de los rendimientos económicos, no puede suponer más que la titularidad de los mismos se haya de reconocer explícitamente en los propietarios de las participaciones hipotecarias¹³.

Por lo tanto, si pese a los sólidos argumentos que se han ofrecido (aunque minoritariamente, en nuestra doctrina y jurisprudencia, a los que nos remitimos) no se acepta la tesis de la cesión ordinaria en la titulización de las participaciones hipotecarias que con mucha mayor claridad supondrían la denegación de la legitimación activa de la entidad emisora en el proceso ejecutivo, tampoco estimamos que con la tesis de la cotitularidad fiduciaria que nos ofrece esta Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021 pueda sostenerse la legitimación activa ordinaria de la entidad emisora, por las razones expuestas, no tanto por negar la existencia de una titularidad fiduciaria sino por negar la transmisión dominical como consecuencia de dicha titularidad fiduciaria expresada en las facultades de custodia y administración de la entidad emisora.

Llegados a este punto tenemos un importante problema procesal que ya apuntaran con acierto CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ¹⁴, a la hora de postularse para poder ofrecer una solución al problema.

Si efectivamente se considera que ha existido una cesión del crédito en el proceso de emisión de las participaciones hipotecarias, los titulares de las participaciones hipotecarias no serían quienes aparecerían en el título ejecutivo como acreedores del mismo, pese a que materialmente pudiera sostenerse tal naturaleza en función de la relación jurídica material subyacente y debido al rigorismo procesal ejecutivo hipotecario, el reconocimiento de la legitimación activa ordinaria procesal en el proceso de ejecución hipotecario (pese a la titularidad material, *ex* artículo 10.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pudiera defenderse al entenderse la cesión existente) no sería posible en función de la aplicación de los artículos 538.1 2, 682 y 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ, opinaban al respecto: «Interpretamos que el título ejecutivo del procedimiento de ejecución hipotecaria es solo la escritura de préstamo hipotecario, como dimana de los artículos 682 y 685.2 LEC, y si bien puede esgrimirse que la escritura pública de constitución de la hipoteca puede complementarse con otra escritura de cesión permaneciendo incólume el título (517.2.4.º de la LEC), no puede atribuirse tal carácter complementador a un documento que, si bien revestido con la forma de título nominativo, en modo alguno forma parte del título ejecutivo, ni constituye título fehaciente otorgado ante fedatario público, ni lo complementa al no clarificar quién es realmente la persona del acreedor. Similares conclusiones pueden arrojarse si se trata de un negocio fiduciario».

Ante lo anterior y dado que a nuestro juicio la titularidad material de la relación jurídica la ostentan los partícipes hipotecarios, la legitimación de la entidad emisora no podría venir dada por la legitimación ordinaria *ex artículo 10.1* de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tendríamos que buscarla mediante la atribución de una legitimación extraordinaria *ex artículo 10.2* de la Ley de Enjuiciamiento Civil que expresamente prevé lo siguiente: «*Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*», pese a que como hemos visto el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 20 de octubre de 2020 haya negado la posibilidad de la legitimación extraordinaria sobre su postura negativa a la cesión ordinaria de créditos.

La atribución de la legitimación extraordinaria al emisor de las participaciones hipotecarias fue reconocida por el cuestionado Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 95777) en contra de lo que una lectura no atenta del mismo pudiera ofrecer, ya que solo se limita por cuestiones procesales al despacho de ejecución complementaria (falta perpetuación de la legitimación extraordinaria para reconocer la legitimación activa para el despacho de ejecución complementaria, *ex art. 579.1 LEC*), cuando se pronunció, de nuevo con sumo acierto a nuestro juicio, del siguiente modo:

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

La atribución legal de legitimación extraordinaria a la entidad emisora *ex artículo 10.2* de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene dada por los párrafos 3 y 4 de la citada disposición adicional primera del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre, que vienen a integrar el derogado artículo 15 IV de la Ley del Mercado Hipotecario.

CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ (*vid. op. cit.*) sin embargo también negaban la legitimación extraordinaria a la entidad emisora sobre la base de considerar que: «De este modo aplicando el principio restrictivo doblemente consolidado tanto por la especialidad ejecutiva hipotecaria como por la propia de la legitimación por sustitución, los artículos 538.1 y 2 y 682 y 685.2 LEC no reconocerían legitimación al emisor al carecer de su condición de acreedor como leyes especiales rectoras del proceso de ejecución, aunque pueda considerarse sustituto del titular de la participación».

No coincidimos con lo anterior, ya que precisamente la legitimación extraordinaria precisamente es atribuida a quien no es titular de la relación jurídica, *ex artículo 10.2* de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como porque ha sido la voluntad actual del legislador en 2021 el mantenimiento de la legitimación extraordinaria en la mencionada adicional primera del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre, que vienen a integrar el derogado artículo 15 IV de la Ley del Mercado Hipotecario. Precisamente si es cierto que el proceso de ejecución hipotecario goza de especialidad respecto del proceso ejecutivo ordinario, no es

menos cierto que el refrendo legislativo actual a la legitimación extraordinaria expuesta entendemos que implica una especialidad dentro de la especialidad que debería ser por tanto procesalmente respetada.

Entre otros motivos, con esta integración normativa efectuada tan recientemente vía Real Decreto Ley consideramos que se puede vencer la objeción que a dicha legitimación extraordinaria que hicieran Cabrera Mercado y Quesada López (*vid. op. cit*) quienes entendían que la Ley de Enjuiciamiento Civil había derogado tácitamente esta legitimación extraordinaria regulada en la Ley del Mercado Hipotecario, cuando afirmaban lo siguiente: «En tal caso, habría que interpretar que la legitimación extraordinaria establecida en la Ley del Mercado Hipotecario de 1981 en sus párrafos 4.^º y 5.^º del artículo 15 son tácitamente derogados por la disposición derogatoria única párrafo 3.^º de la LEC del año 2000 (atendiendo al criterio de *lex posterior derogat prior* dado el conflicto con los comentados enunciados normativos respecto a la LEC, oponiéndose y resultando incompatibles)».

Entendemos que una modificación legislativa del artículo 685.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para incluir en el ámbito de aplicación del mismo a las participaciones hipotecarias junto a las cédulas y bonos con el objeto de que baste como documento a acompañar a la demanda ejecutiva en vez del título de crédito (*ex art. 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca, complementándose dicha certificación con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan solo la finca o fincas objeto de la ejecución, facilitaría la legitimación procesal de la entidad emisora de las participaciones hipotecarias.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia 72/2021, del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015.
- Resolución de la DGSJFP de 12 de junio de 2002.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 125, 2017.
- CÁMARA LAPUENTE. Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999.
- CARO GÁNDARA. La transmisión de propiedad en garantía o fiducia cum creditore en el comercio internacional: su validez y eficacia en España. *AEDIpr*, t. XVII, 2017.
- DE CASTRO. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, 422.
- DÍEZ-PICAZO. Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios. *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, 1987.
- GIMENO SENDRA. ¿Puede un Juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes? *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2004.

- GONZÁLEZ MARTÍNEZ. El titular, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928. GÓMEZ-GALLIGO. Aspectos notariales y registrales de la aportación de préstamos y créditos hipotecarios a los fondos de titulización. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 26, Sección Estudios, Primer semestre de 2020, Wolters Kluwer.
- HERNÁNDEZ-GIL. Notas a las SSTS de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- JORDANO BAREA. Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria [Notas sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro], *Anuario de Derecho Civil*, 1983.
- LACRUZ. *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Madrid, 2000.
- MATEO Y VILLA. De la fiducia gestión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, 2007.
- MOYA FERNÁNDEZ, PÉREZ-PUJAZÓN y TRIGO SIERRA. Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: Retracto de crédito litigioso y Titulización. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 44-2016.
- PANTALEÓN PRIETO. Negocio fiduciario, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995.
- REDONDO TRIGO. El pacto marciano, el pacto ex intervalo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del Real Decreto Ley 5/2005, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007.
- REDONDO TRIGO. Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753.
- SALVADOR CORDECH. Por una regulación general del fideicomiso *inter vivos* y de la fiducia expresa en el derecho español. *Indret*, 2.2021.

NOTAS

¹ Con abundantes referencias, *vid.* recientemente, GÓMEZ-GALLIGO. Aspectos notariales y registrales de la aportación de préstamos y créditos hipotecarios a los fondos de titulización. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 26, Sección Estudios, Primer semestre de 2020, Wolters Kluwer.

² REDONDO TRIGO. Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 604.

³ *Vid.*, *op. cit.*, 6.

⁴ GIMENO SENDRA. ¿Puede un Juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes? *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2004, págs. 1377-1385.

⁵ MATEO Y VILLA. De la fiducia gestión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, 2007, págs. 2630 y 2633.

⁶ DÍEZ-PICAZO. Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios. *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, 1987, 32.

⁷ PANTALEÓN PRIETO. Negocio fiduciario, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, 4408.

⁸ DE CASTRO. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, 422.

⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, El titular, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, 272 y sigs.; CÁMARA LAPUENTE, Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1999 1795-1799 y 1810-1813; HERNÁNDEZ-GIL, Notas a las SSTS de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945-I, págs. 695-696; JORDANO BAREA, Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria [Notas sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doc-

trina del Prof. Castro], *Anuario de Derecho Civil*, 1983, 1435 sigs.); LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Madrid, 2000.

¹⁰ DE CASTRO, *vid. op. cit.*, 424.

¹¹ SALVADOR CORDECH. Por una regulación general del fideicomiso *inter vivos* y de la fiducia expresa en el derecho español. *Indret*, 2. 2021.

¹² REDONDO TRIGO. El pacto marciano, el pacto ex intervalo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del Real Decreto Ley 5/2005, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, 355 sigs.

Vid., también, CARO GÁNDARA. La transmisión de propiedad en garantía o fiducia cum creditore en el comercio internacional: su validez y eficacia en España. *AEDIp*, t. XVII, 2017, 249-302.

¹³ Expresamente el apartado 7 de la disposición adicional tercera del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre establece que: «*Tampoco será necesaria notificación al deudor de la emisión de la participación hipotecaria o del certificado de transmisión de activos*».

El legislador a buen seguro tuvo en cuenta la reciente Sentencia 72/2021, de 18 de marzo de 2021 del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad 6835-2019. Dicha sentencia ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad, del artículo 29 de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura, disponía lo que sigue:

1. Se consideran créditos titulizados aquellos préstamos hipotecarios concertados por personas consumidoras, dentro del territorio de la comunidad autónoma de Extremadura, con una entidad financiera que se halle sujeta a la supervisión del Banco de España, que con posterioridad hayan sido cedidos por cualquier título a un fondo de titulización de acuerdo con lo establecido en la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondo de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, así como la normativa que la desarrolle.

2. Las entidades financieras descritas en el apartado anterior que pretendan realizar una cesión a un fondo de titulización deberán informar con carácter previo, por escrito y de manera fehaciente a la persona deudora del crédito hipotecario. [...]

¹⁴ CABRERA MERCADO y QUESADA LÓPEZ. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 125, 2017.

¹⁵ A nuestro juicio, carece obviamente de fundamento alguno la crítica a la concesión de la legitimación extraordinaria que se ha realizado el tan debatido Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) de 6 de marzo de 2015 al calificar dicha aplicación de «doctrina exótica». *Vid.* MOYA FERNÁNDEZ, PÉREZ-PUJAZÓN y TRIGO SIERRA. Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: Retracto de crédito litigioso y Titulización. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 44-2016, pág. 63, quienes se han pronunciado del siguiente tenor sobre el particular: Se han dictado también algunas resoluciones con doctrinas más exóticas —si se nos admite el término—, como la que resulta del auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015, que, entendiendo que la titulización determina una cesión del crédito titulado, mantiene que la legitimación de la entidad crediticia es un caso de legitimación extraordinaria que deriva de una expresa previsión legal y no de la titularidad de la relación jurídica controvertida, para sostener que, en consecuencia, la entidad de crédito tendría legitimación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no en el proceso de ejecución ordinaria que siguiese al anterior en caso de que no se lograse la satisfacción íntegra del crédito.