

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 8915** *Resolución de 12 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de San Lorenzo de El Escorial n.º 3, por la que se deniega una instancia privada solicitando la inscripción de la cesión de una hipoteca a favor de un fondo de titulización de activos.*

En el recurso interpuesto por doña M.B.F.S., contra la nota de calificación de doña Jimena Campuzano Gómez–Acebo, Registradora de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial número tres, por la que se deniega una instancia privada solicitando la inscripción de la cesión de una hipoteca a favor de un fondo de titulización de activos.

Hechos

I

Con fecha 19 noviembre 2019 fue presentada en el citado Registro de la Propiedad, dando lugar al asiento de presentación 270 del Libro Diario 40, instancia de doña M.B.F.S., con firma legitimada, solicitando la inscripción de la cesión del derecho de hipoteca del que ella es deudora, a favor del Fondo de Titulización de Activos FTA 2015.

Se acompaña certificación de la Secretaria General de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la inscripción, con fecha 21 abril de 2015, del FTA 2015 Fondo de titulización de activos, y una copia sellada de la relación de préstamos hipotecarios incluido en él. Se acompaña también testimonio parcial de la escritura de constitución del Fondo y de la cesión hipotecaria autorizada por el notario don Joan–Carles Ollé, notario de Cataluña con residencia en Barcelona el 15 de abril de 2015, número 593 de protocolo.

II

La documentación presentada fue objeto de la siguiente nota de calificación: «El testimonio notarial que se acompaña expedido por el notario de Barcelona don Joan–Carles Ollé el 23 de mayo de 2018, no es la reproducción total o parcial de la escritura de constitución del Fondo FTA 2015– Fondo de Titulización de activos autorizada por él. Es un testimonio en el que manifiesta el notario que, ante el requerimiento de doña M.B.F.S., para que testimonie si el préstamo hipotecario número 201312579615025083 se contiene entre los transmitidos por Catalunya Banks al Fondo FTA2015, ha consultado el acta de depósito, autorizada por él en la misma fecha y con el número posterior de protocolo a la escritura de constitución del Fondo, de depósito de tres discos (CDs) que según manifestaciones de las partes contenían información y documentación relativa a los negocios jurídicos comprendidos en la escritura de constitución del Fondo. Manifiesta el notario que ha encontrado diversas referencias al número de referencia del préstamo en el CD denominado FTA Anexo II, archivo anexo II–Fecha de Referencia FTA.xlsx, en la hoja «derechos de crédito–constitución», y en la hoja «Derechos De Crédito–Todos», copia de las cuales incorpora al testimonio. No se identifica la finca registral, del examen de los libros del Registro, resulta que la finca registral 2791 de Navalagamella consta inscrita a favor de doña M.B.F.S. con carácter privativo. Sobre dicha finca consta inscrito un derecho de hipoteca a favor de Caixa D’Estalvis de Catalunya con fecha 16 de julio de 2003 por la inscripción 10.^a, habiendo sido cedido e inscrito dicho derecho de hipoteca a favor de Banco Bilbao Vizcaya, como consecuencia de las sucesivas fusiones con transmisión en bloque de patrimonio de Caixa D’Estalvis

de Catalunya por Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa; por Catalunya Banc S.A; y por BBVA S.A, según la inscripción 11.^a de 4 de febrero de 2019. En el día de la fecha el documento al que se refiere el apartado anterior ha sido calificado por la Registradora que suscribe apreciando la existencia de defectos que impiden la solicitud de inscripción, con arreglo a los siguientes: Fundamentos jurídicos. Primero.—Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en los títulos, por lo que resulte de ellas y de los asientos del registro. Segundo.—En el presente caso se observan los siguientes defectos: I.—Se suspende la inscripción por no ser el documento presentado título material ni formal adecuado para proceder a la inscripción de la cesión del derecho de hipoteca. La inscripción de derechos en el registro de la propiedad requiere la presentación de título inscribible, debiendo entenderse por tal el documento formal, público o privado, comprensivo igualmente del material, que sea apto para fundamentar la transmisión del dominio u otro derecho real inmobiliario, conforme a las reglas contenidas en los artículos 609 del Código Civil y 2 de la Ley Hipotecaria; siendo ésta una cuestión calificable por el registrador. La cualidad de inscribible de un documento se predica de aquellos que cumplen una doble exigencia, formal —titulación auténtica— y material —actos y contratos previstos en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 4 a 33 de su Reglamento—, circunstancias que no concurren en el documento presentado. En cuanto al título formal, a pesar de ser expedido por un notario, no es el testimonio el vehículo formal adecuado para la inscripción. El artículo 3 de la Ley Hipotecaria exige para la inscripción escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, y tiene la consideración de escritura pública, además de la matriz, sólo la copia autorizada, no los testimonios por exhibición de la misma o su fotocopia autenticada. Cuando se trata de obtener la inscripción del título se niega a los testimonios esa eficacia sustitutiva respecto de la copia autorizada testimoniada. Adicionalmente, no resulta indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, sino que ha de ser el congruente con la naturaleza del acto inscribible (resoluciones de 22 febrero 2006 y 5 diciembre 2011). En este caso el testimonio presentado no es ni siquiera la reproducción de la copia autorizada de la escritura de constitución del Fondo, que sería el título formal adecuado para practicar la inscripción (artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 144, 221 y 246 del Reglamento Notarial, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 junio 1932, 26 noviembre 1971, 5 marzo 2013). Además, no es un título material idóneo, pues no contiene el título presentado un acto o negocio jurídico inscribible— la cesión por la entidad titular del derecho de hipoteca al Fondo de titulización de activos, con el consentimiento de los titulares registrales— con todas las circunstancias exigibles por la legislación hipotecaria (RDGRN 28 febrero 2012). De la legislación hipotecaria, artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, resulta que al Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de los títulos traslativos o declarativos del dominio o demás derechos reales sobre bienes inmuebles. El artículo 21 de la Ley Hipotecaria establece que “los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos”. II.—En todo caso se suspende la inscripción de la transmisión del derecho de hipoteca a favor del FTA 2015, Fondo de Titulización de Activos, por no estar inscrito dicho derecho a favor de Catalunya Banc S.A y no constar el consentimiento del actual titular del derecho de hipoteca, BBVA S.A (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). III.—No se acredita la no sujeción, exención o pago del impuesto correspondiente (artículos 254 y 255 Ley Hipotecaria). La presentación y pago debe hacerse en la Administración Tributaria competente, la Oficina Liquidadora en cuya circunscripción radique el Registro en el que deba procederse a la inscripción o anotación de los bienes o actos (artículos 54.1 y 56.4 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por

Real Decreto Legislativo 1/93 de 24 septiembre modificado por la Ley 4/2008 de 23 de diciembre y artículo 25.2.2.ª) ley 21/2001 de 27 de diciembre de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades Autónomas). Parte dispositiva. Calificado el título a la vista de los fundamentos de derecho expuestos y los Libros del Registro acuerdo suspender el despacho del título hasta la subsanación, en su caso, de los defectos observados, desestimando entre tanto la solicitud de la práctica de los asientos registrales.

Esta nota de calificación negativa, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de 60 días contados desde la fecha de su última notificación con arreglo a los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 40 a 44 de la Ley 39/2015 de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Desde la fecha de su notificación esta calificación negativa podrá (...) San Lorenzo de el Escorial, a 11 de diciembre de 2019. La Registradora, doña Jimena Campuzano Gómez–Acebo.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M.B.F.S. interpone recurso en virtud de escrito de fecha 16 de enero de 2020 resumidamente en base a las siguientes alegaciones: El Banco de España ha definido la titulización como un proceso financiero por medio del cual se transforman unos activos generalmente ilíquidos (créditos/préstamos) en títulos o valores negociables, mediante su cesión a un fondo de titulización, quien a su vez emite unos bonos de titulización para su colocación entre inversores institucionales. De esta manera las entidades venden todo o parte de sus riesgos para obtener nueva financiación con la que seguir desarrollando su negocio, sin necesidad de acudir a otras vías como la ampliación de capital. De conformidad con la ley 19/1992 sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y fondos de titulización hipotecaria, la titulización de un préstamo supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario su administración. La relación de préstamos cedidos a un fondo de titulización figura en los registros oficiales de la CNMV como anexo a la escritura de constitución del mismo, si bien por razón de la normativa sobre protección de datos los titulares de los préstamos figuran en forma codificada y por tanto no es posible su identificación con nombre y apellidos. De lo que se deduce claramente es que el préstamo o crédito hipotecario titulado es cedido al fondo de titulización y por tanto la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo. Los deudores han visto que aquellas entidades con quienes contrataron sus préstamos garantizados con su vivienda han dejado ser titulares de su crédito, por medio de la titulización, pero desconocen quien es su acreedor. Y por último no cabe olvidar que el artículo 1528 C.C. afirma de forma expresa que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como prenda, fianza o hipoteca. Entiende la recurrente que como consumidora le interesa que el crédito hipotecario de la que es deudora conste inscrito a favor del Fondo de titulización de activos. En cuanto a la documentación alega que no tiene acceso y no puede aportar la copia autorizada de la escritura de constitución del fondo y que los impuestos que grava la operación los tiene que pagar quienes hicieron el negocio jurídico de titulización.

IV

La registradora emitió informe el día 27 de febrero de 2020, confirmó la nota de calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vista la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria; la Ley 2/1981, de 25 de

marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario; el 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; la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial; el artículo 1528 Código Civil; los artículos 3, 18, 20 y 254 de la Ley Hipotecaria; artículo 33 y 420 de su Reglamento; artículo 221 del Reglamento notarial; y las resoluciones de este Centro directivo de 1 de agosto de 2014, 9 de octubre de 2014, 17 de mayo de 2016, 12 de septiembre de 2016, 24 de mayo de 2017, 5 de febrero de 2018 y 2 de septiembre de 2019.

1. La finca registral 2791 del término de Navalagamella consta inscrita en el Registro de la propiedad a favor de doña M.B.F.S. con carácter privativo. Sobre dicha finca consta también inscrito un derecho real de hipoteca a favor de Caixa D'estalvis de Catalunya, habiendo sido cedida dicha hipoteca a favor del Banco Bilbao Vizcaya, como consecuencia de sucesivas fusiones con transmisión en bloque de patrimonio. Se presenta ahora instancia privada, no liquidada del impuesto de transmisiones patrimoniales, se solicita la inscripción del cambio de titularidad de la hipoteca en favor del fondo de titulización de activos FTA2015. Se acompaña testimonio notarial en el que manifiesta el notario que, ante el requerimiento de doña M.B.F.S., para que testimonie si su préstamo hipotecario se contiene entre los transmitidos por Catalunya Banks al Fondo FTA2015, ha consultado el acta de depósito, autorizada por él en la misma fecha y con el número posterior de protocolo a la escritura de constitución del Fondo, de depósito de tres discos (CDs) y que ha encontrado diversas referencias al número de referencia del préstamo en el CD denominado FTA2015.

La registradora suspende la inscripción de la transmisión del derecho de hipoteca a favor del FTA 2015, Fondo de Titulización de Activos, por tres motivos: porque no se acredita la no sujeción, exención o pago del impuesto correspondiente; por no ser el documento presentado título material ni formal adecuado para proceder a la inscripción de la cesión del derecho de hipoteca; y por no estar ya inscrito dicho derecho de hipoteca a favor de Catalunya Banc S.A, de manera que falta el consentimiento del actual titular del derecho de hipoteca, BBVA S.A.

2. En relación con la primera cuestión, hay que partir del 254.1 de la Ley Hipotecaria que dispone: «Ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieron por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir». Y el artículo 255 añade que «no obstante lo previsto en el artículo anterior, podrá extenderse el asiento de presentación antes de que se verifique el pago del impuesto; más en tal caso se suspenderá la calificación y la inscripción u operación solicitada y se devolverá el título al que lo haya presentado, a fin de que se satisfaga dicho impuesto».

Como ya se indicó, por ejemplo en la Resolución de 12 de septiembre de 2016 y en la de 24 de mayo de 2017, «la doctrina mantenida por este Centro Directivo sobre el cumplimiento de tales requisitos tributarios (...) puede resumirse del siguiente modo: el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no sólo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; pero la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración Tributaria ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquél consideró aplicable, de modo que el registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral».

Y a tal efecto, en el caso que nos ocupa ahora, es claro que una instancia privada, como documento privado, cualquiera que fuera su contenido, queda conceptualmente

excluida la posibilidad de que pueda quedar sujeto a la modalidad gradual del impuesto de actos jurídicos documentados que grava determinadas escrituras públicas.

Es cierto que se aporta un testimonio notarial por el que el notario se limita a constar que un préstamo hipotecario determinado puede estar incluido en la escritura de constitución de un fondo de titulización de activos, y en base a eso por virtud de la instancia privada se pretende que se haga constancia de la transmisión de un préstamo hipotecario. Pero al no ser el testimonio una copia autorizada de escritura pública, y aportarse como mero documento complementario, parece también claro que no estamos ante un título formal adecuado para provocar ninguna transmisión patrimonial onerosa, ni gratuita, ni ninguna operación societaria. Por lo tanto, es patente que tal documento, tanto si atendemos a su forma como a su contenido, no está sujeto a ninguna de las modalidades del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, ni del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, ni del Impuesto municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, que son los contemplados expresa o implícitamente en los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, siendo evidente la no sujeción del documento a ninguno de los citados impuestos, carece de fundamento la decisión de la registradora de suspender su calificación «por no acreditarse el pago, la exención o la no sujeción a los impuestos correspondientes» y en este punto debe ser revocada la nota de calificación.

3. Por la misma razón, con resultado contrario, debe ser confirmado el segundo defecto de la nota de calificación. La documentación presentada (instancia privada y testimonio notarial parcial acreditativo de que existen referencias al préstamo hipotecario en la escritura de constitución del fondo) no es título material ni formal adecuado para proceder a la inscripción de la cesión de un derecho de hipoteca.

El Registro de la propiedad se caracteriza por la exigencia de titulación auténtica, por lo que se exige como regla general la aportación de un documento público para poder practicar cualquier constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos reales (artículo 3 de la Ley Hipotecaria). En este sentido, se entiende por título, para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite (artículo 33 Reglamento Hipotecario).

Tratándose de titulación notarial sólo son inscribibles las copias autorizadas de escrituras y actas, y no los testimonios, aunque sean instrumentos públicos. Por tanto, lo que debería aportarse es la copia auténtica de la escritura de constitución del fondo de titulización.

Como recordó la Resolución de 25 de octubre de 2005 entre otras, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro, está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a calificación. Por tanto, todo documento que no cumpla tal principio de titulación pública no puede ser tenido en consideración en el seno del procedimiento registral. Cuando se trata de obtener la inscripción del título se niega a los testimonios esa eficacia sustitutiva respecto de la copia autorizada testimoniada. Así resulta del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, que exige para la inscripción 'escritura pública, ejecutoria o documento auténtico'. Así sólo tiene la consideración de escritura pública, además de la matriz, la copia autorizada (artículo 221 del Reglamento Notarial), no los testimonios por exhibición de la misma o su fotocopia autenticada.

En este sentido, cabría incluso pensar que la instancia privada junto con el testimonio notarial aportado, no debería siquiera haber sido objeto de presentación en el Registro de la propiedad (cfr. Artículo 420 párrafo 1.º del Reglamento Hipotecario).

4. En cuanto al tercer defecto, procede —al igual que el primero— la estimación del recurso. Según la registradora falta el consentimiento del actual titular registral de la

hipoteca titulizada que es el Banco Bilbao Vizcaya, sucesor universal de la entidad que llevó a cabo la titulización.

Dispone en efecto el artículo 20 de la Ley hipotecaria, que «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Y en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada».

Pero esta doctrina debe entenderse cumplida si el derecho real figura inscrito a favor de quien sucedió a título universal por vía de fusión del otorgante del título cuya inscripción se pretende. No se puede alegar que el titular registral actual de la hipoteca no sea el mismo que realizó la titulización hipotecaria pues en la fusión se produce una transmisión en bloque del patrimonio, con todo su activo y pasivo.

Como ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General (véase resoluciones de 9 de octubre de 2014 y 17 de mayo de 2016), tales modificaciones estructurales de las sociedades, «a través de las operaciones de fusión, escisión total o parcial o cesión global de activos, producen, en sus respectivos ámbitos, una sucesión universal en un patrimonio, o en partes de patrimonio, de una sociedad por otra (cfr. artículos 22, 68, 69 y 81 de la Ley 3/2009, de 2 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). En todos estos supuestos la eficacia de la transformación respectiva se produce con la inscripción en el Registro Mercantil (cfr. artículos 47, 73 y 89.2 de la reseñada Ley 3/2009), y con ello el efecto legal de la transmisión en bloque de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas, extinguidas, y también de las segregadas a favor de las sociedades beneficiarias. En este sentido no hay duda del carácter constitutivo de la inscripción de tales operaciones en el Registro Mercantil, tal y como ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 21 de mayo de 2012, con cita de otras anteriores: (...) Por tanto, la inscripción (en este caso en su modalidad de cesión global de activos) en el Registro Mercantil provoca «ope legis» el efecto del traspaso en bloque y por sucesión universal del patrimonio de la sociedad cedente a favor de la sociedad cesionaria (cfr. artículo 89, número 2, de la citada Ley 3/2009). En su traslación al Registro de la Propiedad de estos negocios, resulta aplicable el artículo 16 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular, que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripción, presentando dicho título con el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquél transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir». Esta norma permite, pues, la inscripción a favor del adquirente de los bienes y derechos, cuando en los títulos respectivos no los señalen y describan individualmente, presentando dicho título con el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquél transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en la transmisión los bienes que se traten de inscribir». Esta inscripción a favor del sucesor universal ya se ha practicado en el Registro en el caso que nos ocupa.

Esta Dirección General ya interpretó en estos términos el tracto sucesivo en sede de anotaciones de embargo y de demanda, extrapolable a otros supuestos. Así en la Resolución de 5 de febrero de 2018, consideró correcta la denegación de la inscripción registral derivado de un procedimiento civil de ejecución en la que ha sido demandada persona distinta del titular registral, al no tratarse de un supuesto de transmisión universal, y no haber pronunciamiento judicial previo de levantamiento del velo, lo adecuado es la denegación, por aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. A sensu contrario se admitía que, en los supuestos de transmisión universal, como es la fusión que nos ocupa, quedaría vinculado el sucesor.

5. No se puede entrar por no haberse planteado, si hay cesión de hipoteca en la constitución de los fondos de titulización hipotecaria (cfr. artículo 326 LH). Baste recordar

que, como expresamente señala el informe del Banco de España al que se refiere la recurrente, la titulización es una forma de financiación utilizada habitualmente por las empresas de diversos sectores económicos, entre ellos el de las entidades de crédito respecto de los préstamos y créditos hipotecarios, teniendo la misma pleno reconocimiento legal en España desde la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, reformada entre otras por las leyes 19/1992, 41/2007, 1/2013 y 5/2019, y desarrollada en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

En concreto, la titulización constituye un proceso financiero por medio del cual se transforman unos activos generalmente ilíquidos (créditos/préstamos) en títulos o valores negociables, mediante la puesta en el mercado secundario, o mediante su cesión a un fondo de titulización, quien a su vez emite unos bonos para su colocación entre inversores institucionales. De esta manera, las entidades cedentes venden todo o parte de sus riesgos financieros para obtener nueva financiación con la que seguir desarrollando su negocio sin necesidad de acudir a otras vías, como ampliaciones de capital.

Las operaciones pasivas en que se materializa la titulización de los créditos hipotecarios pueden ser de cuatro clases: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipoteca (artículos 12, 13 y 15 de la Ley 2/1981 y disposición adicional cuarta de la Ley 5/2015), y pueden ser realizadas, si las hipotecas en que se basan, cumplen los requisitos legalmente establecidos, por los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito (artículo 2 de la Ley 2/1981).

Las cédulas y bonos hipotecarios son títulos valores de garantía. Así, las cédulas hipotecarias son títulos valores cuyo capital e intereses están especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que, en cualquier tiempo, consten inscritas a favor de la entidad emisora. Y los bonos hipotecarios son títulos valores cuyo capital e intereses están especialmente garantizados por los créditos hipotecarios incluidos en la escritura de emisión, sin que tampoco necesiten de inscripción registral, pues la anterior exigencia de constancia en el Registro de la Propiedad por nota al margen de las respectivas inscripciones de hipoteca fue derogada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

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».

Sólo el artículo 29.1 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981 (al igual que el artículo 64 del anterior Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo), exige la práctica de una nota al margen de la respectiva inscripción de hipoteca acreditativa de la emisión o transmisión de las participaciones hipotecarias, cuando su suscripción y tenencia no esté limitada a los inversores profesionales, sino que también sea susceptible de suscripción por el público no especializado, lo que no ocurre en el supuesto objeto de este expediente.

Por lo que se refiere a la cesión de derechos de crédito a favor de fondos de titulización, el artículo 16.4 de la Ley 5/2015 dispone que «a los fondos de titulización les será de aplicación, en relación con los préstamos y demás derechos de crédito que

adquieran, el régimen que en favor de los titulares de las participaciones hipotecarias se contempla en el párrafo final del artículo 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario», de donde se infiere que, no es aplicable la exigencia de nota marginal relativa a los bonos hipotecarios aunque la misma hubiere sido obligatoria en el momento en que se produjo la cesión al fondo.

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.

En este sentido será aplicable el artículo 15 de la Ley 2/1981, según el cual el titular de la participación hipotecaria, en caso de falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa, 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; podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución judicial y si éste no la instare 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.

Por otra parte, de la normativa aplicable a la titulización de préstamos y créditos hipotecarios, no se desprende que los deudores deban prestar su consentimiento o tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulización. Al contrario, el artículo 22 de la Ley 2/1981 señala que «los títulos hipotecarios serán transmisibles por cualesquiera de los medios admitidos en derecho y sin necesidad de intervención de fedatario público ni notificación al deudor». La falta de esa notificación únicamente tiene como efecto, al igual que en las cesiones de créditos en general, que hasta que la misma tenga lugar los pagos realizados por el deudor al primitivo acreedor le liberan de esa parte de la deuda sin que el nuevo acreedor (fondo de titulización), se los pueda reclamar nuevamente.

En definitiva, si bien es verdad que en, ningún caso, con la emisión de participaciones hipotecarias o, certificados de transmisión de hipoteca o la cesión de derechos de créditos a un fondo de titulización podrá resultar perjudicado el deudor hipotecario, lo cierto es que tales operaciones no alteran per se las condiciones financieras pactadas entre la entidad acreedora cedente y sus clientes, que seguirán siendo las mismas, sin que el préstamo se extinga por ello, sino que únicamente cambia la figura del acreedor; ni tampoco perjudica al deudor la falta de notificación o conocimiento de la titulización, porque en tal situación el pago a su antiguo acreedor le libera igualmente; ni finalmente le afectan las facultades de administración, gestión y ejecución de los préstamos que tiene la entidad titulizante, con las matizaciones antes expuestas.

No se trata, por tanto, de un supuesto de una cesión de contrato que exija el consentimiento del deudor, sino de una cesión de créditos; ni tampoco se trata de un pago por tercero que libere al deudor, pues el que paga adquiere acción ejecutiva contra éste, por lo que no puede hablarse de extinción de la obligación por disposición de la ley, ni tampoco de sus derechos accesorios como el derecho real de hipoteca.

Se entiende que existe cesión de créditos cuando concurre el acuerdo de voluntades entre un antiguo y un nuevo acreedor, en virtud del cual, la titularidad del derecho de crédito se transmite del cedente al cesionario, subrogándose éste en la situación o posición jurídica del primitivo acreedor, adquiriendo la condición de nuevo acreedor de ese crédito. El régimen de la cesión de créditos es aplicable, en consecuencia, a la aportación de créditos a un fondo de titulización, concebido éste en los términos antes expuestos.

Pues bien, el sistema español de cesión de créditos se caracteriza porque la notificación al deudor, como elemento que se involucra entre el acreedor inicial y un

tercero, no pasa de ser un mero requisito para vincular al deudor con el nuevo acreedor o cesionario. La notificación no es un elemento constitutivo, sino un instrumento técnico que solo tiene por objeto poner en conocimiento del deudor, de forma fehaciente, la existencia de un nuevo acreedor con el cual deberá en el futuro entenderse a los efectos del pago. Es decir, en derecho español para la validez e inscripción de la cesión de los créditos hipotecarios, sin perjuicio de lo que luego se dirá, no es preciso su notificación a los distintos deudores, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1527 del Código Civil y 149 de la Ley Hipotecaria, que no la imponen como requisito ni de la transmisión ni para la inscripción.

Según resulta de los artículo 1112 y 1526 a 1538 del Código Civil, que regulan la transmisión voluntaria «inter vivos» de un crédito bajo el prisma de la libertad de disposición, la misma no precisa otra forma que la requerida con carácter general por el negocio jurídico utilizado al efecto, es decir, rige el principio de libertad de forma consagrado en el artículo 1278 del Código Civil, si bien tratándose de créditos hipotecarios será necesario el otorgamiento de una escritura pública para su debida inscripción en el Registro de la Propiedad de la titularidad de la hipoteca (artículo 149 de la Ley Hipotecaria).

Por otra parte, el negocio jurídico de cesión de crédito, como se ha visto, es válido en España sin que sea necesario el consentimiento del prestatario, y sin que tampoco sea necesario que se le notifique la cesión, si bien para su eficacia frente a ese deudor, en términos de pago y liberación, debe serle notificado tanto el hecho de la cesión como todas sus condiciones, según se desprende del artículo 1527 del Código Civil, que dice: «El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor quedará libre de la obligación».

Sólo en el supuesto de que el crédito sea litigioso, en el que el artículo 1535 del Código Civil concede al deudor el derecho de retracto y siempre que reúna los requisitos que para tener tal consideración ha señalado el Tribunal Supremo, es factible hablar de necesidad de notificación; pero de nuevo se trata de una cuestión que, aunque discutible, no es objeto de este recurso.

Es decir, desde un punto de vista civil, la notificación de la cesión a los deudores evita pagos liberatorios al anterior acreedor y limita la posibilidad de compensación con éste. Así, conforme a los artículos 1527 del Código Civil y 347 del Código de Comercio, los pagos realizados por el deudor al antiguo acreedor antes de tener conocimiento de la cesión serán liberatorios respecto de los importes pagados, por lo que debería el cedente entregar al cesionario las cantidades recibidas. Además, de conformidad con el artículo 1198 del Código Civil, si a un deudor se le hizo saber la cesión del crédito y no la consintió, podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que al acreedor cedente siempre que sean anteriores al conocimiento de la cesión y no sean personalísimas, pero no podrá oponer las excepciones posteriores.

En consecuencia, al no constituir la notificación al deudor un requisito constitutivo para la validez de la cesión del crédito, la inscripción de la misma tampoco precisa de esa notificación previa al deudor para poder practicarse, como se infiere de los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria que presuponen la inscripción de la cesión sin previa notificación, y contemplan su ausencia únicamente a los efectos de atribuir la responsabilidad inherente a tal omisión al cedente (Resoluciones de 17 y 18 de octubre de 2000). Esta debe ser la interpretación que debe darse a la referencia del artículo 151 de la Ley Hipotecaria a la omisión de la notificación al deudor «en los casos en que deba hacerse», pero en ningún caso impedirá la inscripción de la cesión, como expresamente señala el artículo 243 del Reglamento Hipotecario, que permite la constancia posterior de la misma mediante nota marginal.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene declarado en el Auto de 5 de julio de 2016 (C-7/16, asunto Banco Popular Español y PL Salvador SARL) que las cesiones de créditos son neutras para los deudores ya que no les suponen nuevas cargas financieras sino, únicamente, tener que realizar el pago a distinto acreedor, y, además, que conforme al apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 93/13/CEE, las

cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de dicha Directiva; por lo que si la legislación nacional no recoge para tales cesiones el requisito del consentimiento o la notificación al antiguo deudor, dicha ausencia no está sujeta al control de transparencia ni abusividad.

6. En conclusión, la transmisión de la cartera hipotecaria a los fondos de titulización no necesita de inscripción registral puesto que 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».

Ahora bien para que pudiera inscribirse (voluntariamente pues no es preceptiva ni constitutiva la inscripción) la cesión de un determinado préstamo hipotecario como consecuencia de la constitución del fondo de titulización debería aportarse la copia autorizada de la escritura de constitución del fondo en la que figurara claramente el crédito cedido, escritura que debería estar debidamente liquidada del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, sin necesidad de acreditar el consentimiento ni la notificación a los deudores cedidos.

Requisitos que no se dan en el supuesto de hecho de este expediente.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado la desestimación del recurso y la confirmación de la nota de calificación en cuanto al defecto relativo a no ser la documentación presentada título material ni formal adecuado para proceder a la inscripción de la cesión del derecho de hipoteca, y estimarlo en cuanto a los otros dos defectos de la nota de calificación que deberá revocarse en los términos de los anteriores pronunciamientos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 12 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.