

ESPAÑA

LA CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS: RÉGIMEN JURÍDICO, OBSTÁCULOS Y SOLUCIONES

Presentación

La actual situación de los mercados financieros y de sus operadores está abriendo camino a nuevas fórmulas de obtención de fondos o recursos por parte de las entidades financieras. Es en este entorno donde se están diseñando y llevando a cabo operaciones de adquisición de carteras o *portfolios* de créditos hipotecarios, distinguiéndose entre (i) *performing loans* (o créditos «buenos»); (ii) *non-performing loans* (o créditos «malos»); y (iii) *subperforming loans* (o créditos «buenos» en los que el inmueble hipotecado tiene algún tipo de problema, como, por ejemplo, baja ocupación y, por tanto, baja generación de ingresos derivadas de las rentas de arrendamientos, caída del valor de su mercado, etc.).

En virtud de estas operaciones, el cedente del crédito hipotecario elimina el riesgo de impago de los créditos cedidos, mejorando muy posiblemente su balance y ratios y disminuyendo el riesgo «inmobiliario»; por su parte, el cesionario asume el riesgo de los créditos cedidos como nuevo acreedor, pero normalmente con un importante descuento, sin que tal cesionario deba ser una entidad regulada, pudiendo incluso contratar la gestión de esos créditos (*servicing*) con la propia entidad financiera cedente.

Régimen jurídico: requisitos y formalidades

— La regla general es que todos los créditos (entendidos como derechos frente a un deudor adquiridos en virtud de una obligación) son transmisibles salvo pacto en contrario (art. 1.112 del Código Civil, «CC»); asimismo, los créditos hipotecarios son en consecuencia igualmente cedibles o transmisibles «a un tercero en todo o en parte con las formalidades exigidas por la Ley» (art. 1.878 CC).

— Las *notas características* de la cesión de créditos, salvo pacto en contrario, son las siguientes:

(i) *Subrogación*: el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente, pero el deudor no quedará obligado por el contrato de cesión (ex. art. 149 de la Ley Hipotecaria, «LH») a más de lo que lo estuviere por el suyo; el cesionario no podrá someter al deudor a obligaciones distintas de las que éste aseguró con la hipoteca; en otras palabras, el ceden-

te no puede transmitir mejor derecho que el suyo, y el deudor no puede resultar perjudicado por el contrato de cesión.

(ii) *Consentimiento y puesta en conocimiento del deudor*: no es necesario el consentimiento del deudor cedido, a diferencia de la cesión de contrato. Asimismo, la toma de razón o el conocimiento del deudor de tal cesión tampoco tiene carácter constitutivo, sin perjuicio de las consecuencias que tal situación puede producir, como veremos más adelante. Si no se ha dado conocimiento al deudor, la cesión será válida, pero éste no quedará vinculado por ese cambio de titularidad; y, en este sentido, se considerará liberatorio el pago que haga al cedente (art. 1.527 CC). La notificación sólo tiene una mera eficacia declarativa que refuerza la eficacia de la cesión, pues tiene por objeto poner en conocimiento del deudor la existencia de un nuevo acreedor, con el cual deberá en lo sucesivo entenderse a los efectos del pago.

(iii) *Oponibilidad de excepciones*: el deudor cedido, salvo que haya consentido expresamente la cesión, podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que al acreedor cedente, tanto las relativas o inherentes a la relación obligatoria (excepciones causales), como las personales (las relativas a la situación del primer acreedor), siempre que todas estas excepciones sean anteriores al conocimiento de la cesión y no sean personalísimas (por analogía de los arts. 1.528 y 1.198 CC).

Por lo que se refiere a la compensación, el artículo 1.198 CC distingue varios supuestos: (i) el deudor que consintió la cesión no podrá oponer la compensación de deudas anteriores; (ii) el deudor al cual no se notificó la cesión podrá oponer la compensación de los créditos anteriores a la cesión y de los posteriores, hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión; es decir, que una vez producida la comunicación el deudor ya no podrá oponer la compensación de las de las deudas que tuviera contra el cedente con posterioridad al conocimiento de la cesión.

(iv) *Derechos accesorios*: la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio (art. 1.528 CC). Para transmitir la hipoteca será necesario transmitir el crédito y, a la inversa, si el crédito se transmite, determina la transmisión de la garantía.

(v) *Existencia y legitimidad*: el cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la

venta a no ser que se haya vendido como dudoso (art. 1.529 CC); es decir, responderá de la existencia objetiva del crédito y de su propia titularidad y del poder de disposición sobre él.

(vi) *Insolvencia del deudor*: el cedente, salvo pacto en contrario, no responde de la solvencia del deudor. Asimismo, tampoco responde en caso de que la insolvencia fuese anterior y pública (art. 1.529 CC). Si el cedente se hubiese hecho responsable de la solvencia del deudor, la duración de la responsabilidad de éste será, a falta de pacto, de un año desde la cesión si el crédito ya hubiese vencido, o desde la fecha de su vencimiento, si éste fuese posterior a la cesión (art. 1.530 CC).

(vii) *La cesión efectiva implica dar de baja el activo (los créditos) del balance del cedente*: en caso de ventas incondicionales de activos financieros, en las que los riesgos y beneficios se transfieren sustancialmente a terceros, los créditos movilizados podrían darse de baja del balance del cedente, sin que el cedente pueda, en ningún caso, asumir (i) obligaciones de recompra de los créditos cedidos por un precio distinto al valor razonable atribuido en la fecha de la recompra; ni (ii) garantía o responsabilidad alguna por la insolvencia de los deudores o fiadores, ni por el buen fin de los créditos (Norma 23 de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre del Banco de España).

— En cuanto a los *requisitos y formalidades* aplicables a la cesión de créditos, debemos destacar lo siguiente:

El artículo 1.878 CC señala que el crédito hipotecario puede ser cedido o enajenado a un tercero con las «*formalidades exigidas por la ley*», que son, conforme a lo establecido en el artículo 149 LH, las que se establecen en el artículo 1.526 CC:

— La cesión de un crédito surtirá efecto frente a tercero desde que su fecha deba tenerse por cierta: fecha de otorgamiento de documento público (art. 1218 CC), fecha en que un documento privado quede incorporado o inscrito en registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron o en la fecha en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio (art. 1.227 CC); y

— Si el crédito se refiere a un inmueble, la cesión no producirá efecto frente a tercero sino desde la fecha de su inscripción en el Registro.

La doctrina, de forma mayoritaria, y la jurisprudencia han interpretado el artículo 1.526 CC y el artículo 149 LH (en su redacción anterior a la Ley 41/2007 de 7 de diciembre) que para la validez de

la cesión de créditos hipotecarios no es necesaria la formalización de la cesión en escritura pública, ni su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que ninguna de esas exigencias tiene carácter constitutivo.

La antigua redacción del primer párrafo del artículo 149 LH señalaba que la cesión del crédito hipotecario ha de hacerse en escritura pública, darse conocimiento al deudor e inscribirse en el Registro. A pesar de la literalidad de esta redacción (hoy no vigente), la doctrina y la jurisprudencia han mantenido que dichas exigencias no tienen carácter constitutivo (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989, RJ\1989\4797; y de 23 de noviembre de 1993, La Ley 13536/1993). Así, la Sentencia de 29 de junio de 1989 dice «*la inscripción es meramente declarativa y en consecuencia solo rebustece el título inscrito frente a los terceros a los efectos de la fe pública registral y por ellos la inscripción no tiene valor constitutivo*».

La nueva redacción del citado párrafo primero del artículo 149 LH, no supone, a nuestro juicio, alteración alguna, al menos en cuanto a los requisitos y formalidades necesarios para la válida cesión de créditos garantizados por hipoteca. Recordamos que esta nueva redacción fue introducida por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre (por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario): el primer inciso establece que «*el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.526 CC*», lo que viene a confirmar la conclusión anterior; el segundo inciso («*la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*») parece pretender la posibilidad de ceder de forma independiente la garantía real de la cesión del crédito que garantiza. El análisis de este segundo inciso excede el objeto del presente estudio, pero sí queremos, al menos, señalar que tal disociación de transmisión del crédito y de la titularidad de la hipoteca tiene su sentido exclusivamente, a nuestro juicio, en caso de «hipoteca global» (que conforme al art. 153 bis LH puede ser constituida en «*garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*», siendo «suficiente» que se especifique en la escritura de constitución «[...] *la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que se deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*»), pues es en este supuesto en el que cabe la constitución de la garantía sin que haya naci-

do en ese momento el crédito que se pretende garantizar; por lo que cabría pensar en este caso la posibilidad de ceder la hipoteca de forma separada del crédito, ya que éste no puede ser objeto de cesión en cuanto que no ha nacido al tiempo de la cesión.

La cesión de créditos hipotecarios: problemas y obstáculos

— *Costes fiscales:*

El Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados («ITP y AJD»), en su modalidad de AJD, sujeta a gravamen las escrituras públicas que tengan por objeto directo una cantidad o cosa valuable y contengan actos o contratos inscribibles, entre otros, en el Registro de la Propiedad.

Por tanto, la cesión de créditos hipotecarios estará sujeta al ITP y AJD, en su modalidad de AJD, en la medida en que dicha cesión se documente en escritura pública, por ser ésta, tal como hemos indicado anteriormente, inscribible en el Registro de la Propiedad.

El impuesto se devenga a un tipo fijo, determinado por cada comunidad autónoma (el 1% en la mayoría de ellas), sobre la responsabilidad hipotecaria asegurada por la hipoteca en garantía del crédito cedido. En consecuencia, el impuesto se devenga por la totalidad de la responsabilidad hipotecaria con independencia del precio pagado por el cesionario por tal crédito, siendo generalmente, en estos momentos, un importe claramente inferior al nominal del crédito; e igualmente con independencia de cuál sea, en ese momento, el importe o saldo vivo del crédito cedido.

— Otros costes de transacción y cumplimiento de aspectos formales (*costes de transacción*):

Anteriormente indicábamos que la inscripción en el Registro no es un elemento constitutivo de la cesión. Por tanto, el cesionario, al subrogarse en todos los derechos y acciones del cedente, debería poder ejercitar, a pesar de no estar inscrita la cesión, todas las acciones que le corresponden como acreedor hipotecario frente al deudor hipotecante, incluida la ejecución hipotecaria. Sin embargo, y coincidiendo con un sector de la doctrina, al faltar la inscripción a favor del cesionario en el Registro de la Propiedad, éste, carente de la titularidad registral exigida, no podría ejecutar la hipoteca valiéndose de los procedimientos ejecutivos sumarios, ni, por consiguiente, subrogarse en la posición procesal del cedente

una vez iniciado, en su caso, el procedimiento de ejecución. La sentencia antes aludida permite razonablemente concluir que en caso de que el cesionario pretenda iniciar acción de ejecución hipotecaria, o subrogarse en la ya iniciada, sería necesario exigir al cesionario la inscripción de su título en el Registro de la Propiedad.

— Interpretación judicial de la normativa de *Protección de Datos* de Carácter Personal:

En una operación de cesión de créditos hipotecarios, el cedente, juntamente con la cesión de los créditos, cedería al cesionario los datos personales del deudor de cada crédito. El tratamiento, y por ende la cesión, de datos de carácter personal está sujeto a un régimen legal especial que pretende garantizar y proteger, entre otros derechos protegibles, el honor y la intimidad de las personas físicas. Se entiende por datos personales «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» (art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que regula la Protección de Datos de Carácter Personal «LOPD» o «LO 15/1999»).

Conforme a la LO 15/1999, sólo pueden ser cedidos aquellos datos personales que sean necesarios para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, exigiendo la ley, como regla general, el previo consentimiento del interesado (art. 11.1 LOPD). En cuanto al primer requisito, el cedente sólo podrá ceder aquellos datos de los deudores que sean necesarios para la gestión de cobros de los créditos y, en su caso, para la ejecución de la hipoteca.

La LO 15/1999 establece una serie de excepciones al requisito de consentimiento previo:

(i) El artículo 11.2.a) LOPD establece que tal consentimiento no será preciso «cuando la cesión esté autorizada en una ley»; como ya se ha señalado anteriormente, es el Código Civil la norma con rango legal que permite y autoriza a un titular de un crédito ceder éste y todos sus accesorios sin necesidad de consentimiento alguno por parte del deudor.

(ii) Asimismo, el artículo 11.2.c) LOPD, exceptiona la necesidad de consentimiento cuando el tratamiento responde a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente dicho tratamiento (uso) de datos. Esta excepción debería ser aplicable si el propio contrato que origina el crédito que se pretende ceder permite la cesión de la propia relación

contractual; en este sentido, se debe entender autorizada la cesión de aquellos datos consustanciales a la operación que sean necesarios para que el cesionario pueda cumplir con los términos del contrato.

Sin embargo, varias sentencias de la Audiencia Nacional (Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 febrero 2007, JUR\2007\80654; Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 septiembre 2007, JUR\2007\299358; y Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 abril 2008, JUR\2008\121197) sostienen una interpretación distinta y desvinculan «la efectividad del negocio desde el punto de vista de la normativa civil-mercantil y desde el punto de vista de la normativa de protección de datos». Se dice que el hecho de que la normativa civil o mercantil no exija consentimiento para su efectividad no implica una excepción a obtener el consentimiento del titular de los datos personales.

De prevalecer esta interpretación, el procedimiento de obtención del consentimiento no sólo complica una operación normal y habitual en el mercado financiero, sino que puede llegar incluso a frustrarla, sin que verdaderamente sea la cesión de datos el objeto propio de la operación, sino tan sólo una consecuencia lógica, normal y necesaria de una operación financiera, que está enfocada y tiene su fundamento, generalmente, en un bien inmueble.

Dado que los datos personales en cuestión no son datos especialmente protegidos (datos que revelan la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, o que hagan referencia al origen racial, la salud y la vida sexual), sería válido el consentimiento tácito del deudor, debiéndose respetar los requisitos del artículo 14 del Reglamento de desarrollo de LOPD (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre), entre otros, los siguientes: puesta a disposición del deudor de un medio sencillo y gratuito de oposición a la cesión y establecimiento de un plazo de oposición de un mes.

— Aspectos y consideraciones concursales

El cesionario no puede ignorar las consecuencias que se derivan de la aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal, y, por tanto, en caso de concurso del deudor cedido, podrán ser impugnados los pagos efectuados por el deudor al cesionario y, adicionalmente, en caso de concurso del constituyente de la hipoteca, podrá ser igualmente impugnada la propia constitución de la hipoteca si se cumplen los requisitos establecidos en ese artículo.

En las tradicionales operaciones de cesión de créditos hipotecarios, el cesionario difícilmente podrá ampararse en el blindaje que concede el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo del Mercado Hipotecario («LMH»), en donde para la aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal se exige «la existencia de fraude en la constitución del gravamen», por cuanto que cabría argumentar que dicho artículo sólo es aplicable para el caso de que los créditos garantizados hayan sido movilizados mediante la emisión de títulos hipotecarios.

Igualmente, si el cesionario no es una de las entidades del artículo 2 LMH (esto es, entre otros, bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito o establecimientos financieros de crédito), tampoco podrá ampararse, por lo que se refiere a los pagos efectuados por el deudor, en el blindaje de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, blindaje que restringe la aplicación del régimen de rescisión concursal prevista en el artículo 71.1 de la Ley Concursal.

— El régimen especial de los créditos litigiosos

(i) Se entiende como litigioso el crédito que, habiéndose presentado demanda o reclamación judicial por su titular: (a) exista contestación a la demanda interpuesta; y (b) en la contestación de la demanda, el deudor-demandado muestre oposición sobre cuestiones del fondo y no sólo excepciones procesales. Valga insistir en que los créditos no son litigiosos por el mero hecho de que el cedente haya presentado demanda o reclamación judicial respecto de ellos.

(ii) En caso de cesión de un crédito litigioso, el deudor tiene derecho a extinguir el crédito cedido reembolsando al cesionario el precio que éste pagó al cedente, los intereses devengados desde el día que se pagó el precio y las costas que se hubiesen ocasionado (art. 1.535 CC).

Este derecho es ejercitable por el deudor dentro de los nueve días contados desde que el cesionario le reclame el pago.

(iii) Este régimen especial implica indudablemente una serie de problemas prácticos en caso de cesión de carteras de créditos litigiosos que pueden dificultar este tipo de operaciones:

— Por un lado, es habitual en estas operaciones que el precio pactado por la cesión de una cartera de créditos haya sido establecido en globo para la totalidad de la cartera, sin desglose para cada uno de los créditos o tipos

de créditos, lo cual entrañaría alguna dificultad práctica de cara a la aplicación del artículo 1.535 CC. Parecería apropiado aplicar el precio medio de la cartera (o de los créditos de naturaleza análoga) al objeto de permitir al deudor el uso de la facultad prevista en el citado artículo 1.535 CC; esta dificultad sería mayor cuanto más amplia sea la heterogeneidad de los créditos incluidos en la cartera cedida.

- Por otro lado, se frustraría la legítima aspiración del cesionario de beneficiarse del descuento pactado con el cedente para la adquisición de los créditos y, por tanto, de las motivaciones económicas que justifican este tipo de operaciones.

— Artículo 122 Ley Concursal

El artículo 122.1.2º de la Ley Concursal («LC») establece que, en caso de convenio, los acreedores que hayan adquirido su crédito después de la declaración de concurso no están legitimados para votar en la junta su aprobación; si bien con las siguientes dos excepciones: a) que hayan adquirido el crédito como consecuencia de una realización forzosa (p. ej., ejecución de prenda); o b) que hayan adquirido el crédito a título universal (p. ej., fusión o escisión del cedente).

Esta restricción limita o pone restricciones a este tipo de operaciones, perjudicando a todos los intervinientes (cedente, deudor y cesionario). La doctrina entiende que la intención del legislador era evitar situaciones fraudulentas que se producían con la antigua regulación. Pero esas actuaciones no son ahora posibles bajo la nueva regulación, por lo que la limitación del voto del artículo 122.1.2º no sería necesaria. Con la vigente Ley Concursal, se instrumentan una serie de mecanismos que impiden este tipo de actuaciones; de los cuales destacamos los supuestos establecidos en los artículos 122.1.1º LC y 93 LC, considerando a los accionistas de control como acreedores subordinados que no tienen derecho a voto en el convenio; y el artículo 93.3 LC, que considera como acreedores subordinados a los terceros que adquieran de, entre otros, accionistas de control del concursado créditos contra éste dentro de los dos años anteriores al concurso.

En definitiva, la LC establece determinados mecanismos que hacen innecesaria la previsión del artículo 122.1.2º y, sin embargo, esta privación del derecho de voto dificulta enormemente el mercado

de deuda concursal; existen operadores internacionales expertos en este tipo de deuda (estamos pensando en un operador interesado en la adquisición de un importante volumen de créditos frente a un único deudor y no de una cartera de créditos con una gran multitud de deudores) que pueden estar interesados en la capitalización de la deuda, incluso en la adquisición del control, etc. Esta norma implica efectos negativos para todos, pues dificulta la entrada de estos operadores, que pueden facilitar el apoyo al deudor en concurso (p. ej., capitalización de deuda a coste cero) o que incluso pueden tener mayor disposición para la aportación de nuevos recursos económicos a favor del deudor. Los deudores pueden salir beneficiados de la entrada de estos operadores, primero como acreedores y luego como accionistas; y, finalmente, los cedentes resultan claramente beneficiados de este mercado de deuda, pues podrán liberar recursos propios para continuar sus operaciones habituales en el mercado.

Alternativas y soluciones a los obstáculos y problemas planteados

— La emisión de Certificados de Transmisión de Hipoteca:

a) En los apartados anteriores hemos analizado la cesión ordinaria de créditos hipotecarios como el instrumento tradicional de cesión. El legislador español, a través de la normativa regulatoria del mercado hipotecario, ha favorecido la creación de determinados instrumentos financieros que pueden ser emitidos por las entidades financieras, que han abierto una vía para que los créditos hipotecarios puedan circular en los mercados financieros.

Estos valores hipotecarios, que sólo pueden ser emitidos por entidades oficiales de crédito, bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito, y pueden ser movilizados en un mercado secundario, agrupan a los siguientes tipos:

- (i) Las cédulas hipotecarias y los bonos hipotecarios, que emiten esas entidades financieras, son deuda del emisor y, por tanto, no implican una movilización o cesión del crédito hipotecario; si bien el principal e intereses están especialmente garantizados, en caso de cédulas, por la cartera de hipotecas que en cada momento tenga inscritas a su favor el emisor y que no estén afectas a la emisión de bonos hipotecarios (art. 12 LMH) y, para el caso de bonos, por

aquellas hipotecas que hayan quedado afectas en escritura pública (art. 13 LMH).

(ii) Las participaciones hipotecarias, en cambio, son títulos valores que confieren a su titular el derecho a participar en la totalidad o parte de uno o varios créditos hipotecarios (art. 15 LMH).

Por tanto, a efectos del presente análisis, resultan de interés las participaciones por cuanto suponen movilización de créditos hipotecarios. Los créditos hipotecarios susceptibles de participación deben reunir las exigencias establecidas en la sección segunda de la LMH y en el capítulo II del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LMH («RMH»); y así, por ejemplo, que estén garantizados por primera hipoteca sobre el pleno dominio, que los bienes hipotecados hayan sido tasados por los servicios de tasación, que los bienes hipotecados estén asegurados contra daños por el valor de la tasación, que el crédito no exceda determinados porcentajes con respecto al valor de tasación, requisitos de ampliación de hipoteca en caso de desviaciones entre el valor del bien hipotecado y la tasación inicial, los bienes hipotecados no pueden consistir en usufructo, concesiones administrativas, derechos de superficie o con contingencias de carácter urbanístico, etc.

Los créditos hipotecarios cuya cesión se pretende y que son objeto de estudio en el presente análisis, difícilmente cumplirán con los citados requisitos dadas las características y circunstancias en los que se encuentran al tiempo de la cesión, lo cual impediría la emisión de participaciones hipotecarias como fórmula de cesión de un crédito hipotecario y, por tanto, como alternativa a la cesión ordinaria, anteriormente analizada.

Sin embargo, la Disposición final quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva sobre Coordinación Bancaria, y la Disposición adicional primera («DA 1ª») del RMH, crea los certificados de transmisión de hipoteca («CTH») como auténticas participaciones hipotecarias y, por tanto, susceptibles de hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios préstamos o créditos hipotecarios de su cartera, aunque estos créditos no reúnan los requisitos de la sección segunda de LMH, antes mencionados.

— Régimen jurídico:

(i) Los CTH son participaciones hipotecarias que permiten, por tanto, la movilización de préstamos y créditos hipotecarios que no cumplen los requisitos exigidos para la emisión de participaciones; los CTH se rigen, salvo por dicha excepción, por las normas establecidas para las participaciones hipotecarias (DA 1ª).

(ii) Es posible hacer participar al tercero en la totalidad del riesgo inherente a un determinado préstamo o crédito hipotecario, sin mantener el emisor de la CTH ninguna cuota o interés en él (art. 15 LMH y DA 1ª).

(iii) Las sucursales en España de entidades de créditos autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea pueden emitir CTHs con respecto a préstamos y créditos garantizados por hipoteca sobre inmuebles sitios en España (DA 1ª).

(iv) No cabe emitir CTHs con respecto a préstamos y créditos garantizados por hipoteca sobre inmuebles sitios fuera de España (DA 1ª).

(v) Los CTH pueden emitirse, además de para su agrupación en fondos de titulización de activos, para su colocación entre «inversores profesionales» (definidos en el artículo 78 bis 3 de la Ley del Mercado de Valores) (DA 1ª).

(vi) No cabe emitir CTHs con respecto a préstamos y créditos hipotecarios que resulten elegibles conforme al capítulo II del RMH, es decir, aquellos que sean susceptibles de calificar a efectos de emisión de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

(vii) Pueden emitirse CTHs respecto a créditos ya vencidos (art. 12.1 b) RMH y DA 1ª).

(viii) El emisor de CTHs conserva la custodia y administración de los créditos y estará obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin de dicho crédito, debiendo abonar al titular de CTH, incluso en caso de pago anticipado, el importe que, en concepto de capital e intereses, le corresponda en función de su participación en el crédito y de las condiciones de emisión (art. 26.4 RMH).

(ix) Los CTHs son libremente transmisibles por cualquier medio admitido en derecho, mediante declaración escrita en el mismo título, debiéndose notificar tal transmisión al emisor, quien anotará tal transmisión en un libro especial que está obligado a llevar (art. 32 RMH).

(ix) La ejecución de las acciones de ejecución hipotecaria corresponde al emisor de CTH, si bien el titular podrá (a) compeler al emisor para que inste la acción hipotecaria; (b) concurrir en igualdad de derechos con el emisor en dicha ejecución; (c) si el emisor no inicia el procedimiento en sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento de pago de la deuda, el titular del CTH quedará legitimado para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria; y (d) en caso de paralización del procedimiento instado por el emisor del CTH, el titular del CTH podrá subrogarse en la posición de aquél y continuar el procedimiento (arts. 30 y 31 RMH).

— Implicaciones y ventajas:

(i) *En cuanto a dar de baja a los créditos del balance del emisor del CTH*, cuando la participación del crédito (que representa el CTH) se realice por la totalidad del plazo restante hasta el vencimiento del crédito y no exista un pacto de recompra, esa porción del créditos no se computará ya como activos del emisor de la CTH (art. 27.3 del RMH); adicionalmente, el citado artículo establece que el emisor no podrá asumir responsabilidad alguna en «*garantizar directa o indirectamente el buen fin de la operación o anticipar fondos a los partícipes sin haberlos recibido del deudor*».

En consecuencia, mediante la emisión de CTH que cubra la totalidad de un crédito, el emisor («cedente») dará de baja de su balance la totalidad de dichos créditos (ya que se transmite la plena propiedad, los beneficios y riesgos asociados a éstos), conservando el cedente exclusivamente las obligaciones de custodia y administración.

(ii) *En cuanto a las formalidades exigidas y los costes fiscales*, la emisión de CTH no exige formalización en escritura pública ni inscripción en el Registro de la Propiedad (solamente en caso de emisión de participaciones hipotecarias no dirigida a «inversores profesionales», posibilidad que no está permitida en la emisión de CTHs). Por tanto, no se incurre en gastos notariales, registrales ni en el impuesto de AJD (adicionalmente, véanse los arts. 9 LMH y 35 RMH y DA 1ª).

(iii) *En cuanto a los aspectos y consideraciones concursales*, en caso de concurso de los deudores hipotecantes de los créditos, las hipotecas constituidas en garantía de los créditos que hayan

sido movilizadas a través de la emisión de CTH no podrán ser rescindidas conforme al régimen general establecido en el artículo 71 de la Ley Concursal, sino sólo en caso de fraude de acreedores (art. 10 LMH).

Igualmente, el negocio de emisión de CTH sólo podrá ser rescindido, en caso de concurso del cedente, por la administración concursal mediante prueba del fraude de acreedores, sin que fuera aplicable el régimen general de rescisión concursal (art. 15 LMH).

En resumen, la emisión de CTH sólo podrá ser impugnada, en caso de concurso del cedente, dentro de los dos años siguientes, mediante prueba del fraude de acreedores. Igualmente, las hipotecas en garantía de los créditos movilizadas a través de la emisión de CTH sólo serán rescindibles, en caso de concurso de los deudores cedidos, mediante prueba del fraude de acreedores. Ni el negocio de cesión de los créditos, ni las hipotecas en garantía de los créditos, en caso de cesión, gozarían de un blindaje tan intenso, en caso de concurso que afecte al cedente o a los deudores cedidos, respectivamente.

(iv) *En cuanto al régimen especial de los créditos litigiosos y la aplicabilidad del artículo 122 de la Ley Concursal*, la emisión de CTH no puede ser calificada jurídicamente como una cesión de créditos, y ello aunque los efectos económicos derivados de ambos negocios sean relativamente próximos. Las acciones y excepciones de que disponen emisor y titular de CTH difieren de los propios del cedente y cesionario de un crédito; por tanto, no deben ser de aplicación los artículos 1.535 CC y 122 de la Ley Concursal.

IGNACIO ALBIÑANA CILVETI (*)

REGLAMENTO DE DESARROLLO PARCIAL DE LA LEY 26/2007, DE 23 DE OCTUBRE, DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

Introducción

La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental («LRM») consolidó en nues-

(*) Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona).