

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7

ALZIRA (VALENCIA)

JUICIO ORDINARIO Nº 677/17

PARTE DEMANDANTE: BANCO SANTANDER SA

Abogado:

Procurador:

PARTE DEMANDADA

Abogado: M^a ELENA ARNEDO FRANCO

Procurador:

SENTENCIA núm. 115/2018

En Alzira (Valencia), a 21 de diciembre de 2018

Vistos por mí, D^a. M^a [REDACTED], Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Alzira, los presentes autos de **Juicio Ordinario nº 677/17**, seguidos ante este Juzgado a instancia de BANCO SANTANDER SA representada por la Procuradora D^a. Sara

[REDACTED], representada por la Procuradora D^a. [REDACTED] Madrazo y asistida por la letrada D^a. M^a Elena Arnedo Franco, en materia de resolución contractual del préstamo hipotecario y pago de 139.018,98 €, en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora Sra. [REDACTED] en la representación de BANCO SANTANDER SA en fecha 19/12/17 se formuló demanda de juicio declarativo ordinario contra D.

[REDACTED], en ejercicio de la acción de resolución contractual ex art. 1124 CC, y de reclamación de cantidad; en la que, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que estimaba oportunos, solicitaba que se dictara sentencia por la que: 1. se declare que la resolución del contrato de préstamo hipotecario descrito en la demanda por incumplimiento grave y esencial de la obligación de pago del deudor realizada por Banco Santander SA con fecha 10/10/17 es ajustada al art. 1124 Cc; 2. se condene solidariamente a los demandados al pago de la cantidad total de 139.018,98 € en concepto de principal e intereses remuneratorios y moratorios devengados hasta el cierre de la cuenta del préstamo; 3. se condene a la parte demandad, al pago de los intereses moratorios que se devenguen desde la comunicación de la resolución contractual hasta su completo pago, calculados en el modo indicado en la liquidación del saldo deudor aportada como doc. 5; 4. que se declare que las cantidades objeto de condena pueden realizarse en ejecución de sentencia con cargo a la garantía hipotecaria

otorgada a favor de la actora sobre la finca registral 11.712: 5. que se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.

La anterior demanda fue repartida a este Juzgado, registrada con el nº 677/17 y admitida por Decreto de fecha 8/01/18, acordando emplazar a los demandados para que se personen en autos y contesten la demanda en el plazo de veinte días.

SEGUNDO.- En fecha 19/02/18, la codemandada _____, se personó en autos en legal forma y presentó escrito de contestación a la demanda, en la que con carácter previo invocaba la excepción de falta de legitimación activa, y la existencia de fraude de ley o procesal, oponiéndose asimismo al fondo de la pretensión actora en base a la nulidad de la clausula del IRPH por abusiva, y por incumplir las medidas previstas en el Código de Buenas Practicas, infringiendo así lo prescrito en el RD 6/2012; solicitando en base a los hechos y fundamentos jurídicos expuestos que, se acuerde la suspensión del presente procedimiento hasta que se pronuncie el TJUE sobre la nulidad de la clausula del IRPH, por cuestión prejudicial; y subsidiariamente se desestime la demanda acogiendo las excepciones formuladas o por los motivos de fondo alegados.

Dentro del plazo concedido, no compareció el codemandado Sr. _____, declarándose en situación procesal de rebeldía por diligencia de ordenación de fecha 23/04/18.

Mediante escrito de 4/05/18, la parte actora se opuso a la suspensión interesada de contrario por los motivos que estimó oportunos.

Por diligencia de ordenación de fecha 28/05/18, se convocó a las partes a una comparecencia previa para intentar llegar a un acuerdo o transacción que pusiera fin al proceso, y caso contrario examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución y terminación mediante Sentencia, señalando al efecto el día 21/06/18.

TERCERO.- La audiencia previa se celebró el día señalado, con la concurrencia de las partes personadas. Abierto el acto, las partes ratificaron sus respectivos escritos de alegaciones, manifestando su postura respecto de los documentos presentados de contrario.

Tras delimitar la controversia litigiosa en los siguientes puntos: a) falta de legitimación activa; b) se el Banco se acogió o no al Código de Buenas Practicas del RD 6/2012; y s) si son nulas por abusivas las clausulas relativas al IRPH, a las condiciones económicas (redondeo al alza de los intereses 360/365), falta de acogimiento al RD 6/12; propusieron como prueba únicamente la documental, consistente en dar por reproducida la acompañada a sus escritos de alegaciones, más el requerimiento interesado por la demandada; que fueron admitidas en su totalidad, requiriendo a la entidad actora para que indique si el prestamo litigioso está titulizado o no, procediendo en su defeco al requerimiento documental en los términos interesados por la parte demandada.

Por providencia de fecha 4/07/18 se reiteró a la parte actora el requerimiento efectuado en la Audiencia previa, concediéndole un nuevo plazo de 5 días.

Mediante escrito de 20/07/18, la parte actora contestó al requerimiento en los

términos que tuvo por conveniente.

De dichas alegaciones se dió traslado a la contraparte, que mediante escrito de 17/09/18 manifestó lo que tuvo por conveniente.

CUARTO.- Por providencia de 1/10/18 se dió traslado a las partes para que en el plazo de 5 días formulen sus conclusiones por escrito.

La parte demandada formuló sus conclusiones en los términos que constan en su escrito de fecha 26/10/18 y la actora evacuó el trámite mediante escrito de 29/10/18.

Por diligencia de ordenación de 21/11/18, se declararon los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La entidad prestamista, ejercita en los presentes autos una acción de resolución contractual al amparo del art. 1124 del Código Civil, otra acción de reclamación de cantidad, por un total de 139.018,98 € en concepto de principal e intereses remuneratorios y moratorios devengados hasta el cierre de la cuenta del préstamo; más los intereses moratorios que se devenguen desde entonces; y otra acción declarativa en aras a que se haga efectiva la garantía hipotecaria orgada a favor de la actora sobre la finca registral 11.712, en la fase de ejecución de sentencia.

Frente a tal pretensión, solo comparece la codemandada que opone en primer lugar las excepciones de falta de legitimación activa por estar titulado el préstamo litigioso; y de fraude de ley o procesal, por pretender una ejecución hipotecaria pero eludiendo las limitaciones impuestas por las garantías legales, a través del presente proceso declarativo pero solicitando simultaneamente una ejecución a través de la subasta pública del inmueble hipotecado; oponiéndose seguidamente por motivos de fondo, al considerar nulas por abusivas ciertas cláusulas de contenido económico contenidas en el préstamo litigioso, concretamente la referente al IRPH; y también por incumplimiento del RD 6/2012.

Centrado así el debate litigioso, debe comenzarse el presente enjuiciamiento, examinando la legitimación activa de la entidad actora, tal y como convinieron las partes en la audiencia previa.

La codemandada personada postula que el crédito litigioso no pertenece a la entidad actora sino a un Fondo de Titulación de Activos, por lo que carece de legitimación activa; añadiendo que no puede acreditar tal extremo porque tales operaciones se ocultan al público, no facilitando la CNMV información sobre el registro de los fondos de titulación de activos. Y reiterando lo expuesto en su escrito de contestación (presentada en fecha 19/02/18), en la Audiencia previa celebrada el 21/06/18 propuso como prueba documental requerir a SANTANDER SA “para que aporte las anotaciones que consten en el Registro Contable Especial y el Libro Especial relativo al préstamo con garantía hipotecaria en cuya virtud se procede”; y a las SOCIEDADES GESTORAS Europea de Titulación (entre otras), “para que en el plazo de 10 días informen a este Juzgado sobre el préstamo hipotecario por el

que se procede suscrito por mis representados objeto de la presente acción". Dicha prueba documental fue admitida, si bien en aras de la economía procesal, se optó por requerir previamente a la entidad actora para que diga si el préstamo litigioso está titulizado o no; procediendo a practicar los requerimientos documentales en los términos propuestos por la codemandada si ésta entendiera que la respuesta no se ajusta al requerimiento previo.

La parte actora no atendió dicho requerimiento en el plazo de 10 días, por lo que le fue reiterado el mismo por providencia de 4/07/18. La demandante evacuó el requerimiento mediante escrito de fecha 20/07/18, en el que efectúa una serie de alegaciones, apoyadas en resoluciones judiciales. De tales alegaciones se dió traslado a la contraparte, que, mediante escrito de 17/09/18, manifestando que en las alegaciones trasladadas se "reconoce la titulización y proclama unilateralmente su validez", añadiendo que considera infringido el art. 325 y 327 LEC, interesando el archivo del procedimiento.

Finalmente las partes evacuaron sus escritos de conclusiones, adjuntando al mismo la entidad actora, un certificado emitido por la Asesoría Jurídica Banca Comercial de Banco Santander de fecha 29/10/18, en el que se hace constar que no consta en la actualidad participado a terceros, en los términos del art. 2 Ley 2/1981 y D. Adicional 1ª del Reglamento 716/2009, el préstamo hipotecario de su cartera nº 0049-3412 76 10300000194. Dicho documento carece de todo valor probatorio por extemporáneo, habiéndose aportado a las actuaciones con posterioridad a la audiencia previa, sin alegar ni justificar las razones que impidieron a la entidad actora recabarlo, confeccionarlo y presentarlo el 21/06/18, pese a conocer desde febrero 2018 (fecha de la presentación de la contestación a la demanda, que se impugnaba su legitimación activa, y que se le requería para que acreditara fehacientemente ser titular del crédito litigioso). La entidad actora infringe lo prescrito en los arts. 270 y 271 LEC, pues no manifestó en la audiencia previa, haber recabado dicho certificado y estar a la espera de su emisión para aportarlo a autos; ni siquiera al contestar el requerimiento documental efectuado en la audiencia previa y reiterado por providencia de 4/07/18. Al contestación al requerimiento mediante escrito de 20/07/18 no se menciona haber solicitado un certificado en aras a advenir que es titular del crédito litigioso, lo que permite deducir que el mismo ha sido recabado con posterioridad al 20/07/18, siendo por tanto extemporáneo. En todo caso, hay que reiterar que la parte actora, no alega ni justifica conforme le incumbía, ningún motivo que le impidiera presentar dicho certificado con anterioridad, pese a tratarse de un documento confeccionado ad hoc por la propia entidad demandante; no estando sujeta su emisión a la voluntad o actuación de terceras personas. Por último debe señalarse que el certificado presentado, presenta ciertos defectos formales, pues quién hace las manifestaciones es BANCO SANTANDER pero no identifica a la persona física que actúa en su representación, limitándose a señalar bajo la firma de BANCO SANTANDER, a un tal Manuel Cabrero Hidalgo, sin concretar el cargo que ocupa dentro de la entidad actora; ni si tiene capacidad o no para actuar en nombre del Banco Santander SA, que es quien emite el certificado.

Careciendo de todo valor probatorio el certificado de fecha 29/10/18 aportado de forma extemporánea por la parte actora, debe estarse a su contestación al requerimiento efectuado en la audiencia previa y reiterado por

providencia de fecha 4/07/18 ante el silencio de la actora. Conforme a lo dispuesto en el art. 329 LEC, en relación con lo dispuesto en el art. 304 y 305 LEC, el silencio y respuesta evasiva efectuada por la entidad actora, al requerimiento para que diga si el crédito litigioso está o no titulizado; debe considerarse como una respuesta afirmativa, tal y como indicó expresamente la parte demandada en su escrito de fecha 17/09/18 al evacuar el traslado del requerimiento documental. A esta conclusión, se infiere al optar la entidad demandante por efectuar unas alegaciones vagas y abstractas frente a la simple respuesta de “sí” o “no”, conforme era requerida; intentando en primer lugar guardar silencio, pese a la simpleza del requerimiento efectuado. Y esta conclusión no resulta desvirtuada por ningún documento aportado por la entidad bancaria que adviere su actual titularidad del préstamo litigioso, pese a disponer de todos los medios probatorios a su alcance. Y en lugar de presentar un documento fehaciente al efecto, al contestar el requerimiento, opta por presentar un supuesto certificado con defectos formales sustanciales, en la que tampoco se indica con claridad que BANCO SANTANDER SA es titular del préstamo litigioso, señalando en cambio que emite el certificado “en su condición de administrador del préstamo”, lo que supone el tácito reconocimiento de que se ha transmitido a un Fondo junto a otros activos, y se encuentra titulizado.

Por todo lo que antecede, y atendiendo a la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada litigante, conforme a lo prescrito en el art. 217-7 LEC, debe concluirse que el préstamo litigioso se encuentra titulizado, no siendo ya la entidad bancaria actora titular del mismo.

SEGUNDO.- Una vez constatada que la demandante no es titular del crédito litigioso, que fundamenta su pretensión, debe examinarse si ostenta o no legitimación para ejercitar las acciones formuladas en su demanda.

A tal efecto, debe partirse de la Sentencia nº 394/18 dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 25/07/18 que analiza con detenimiento la cuestión litigiosa, en un supuesto idéntico al presente, señalando en sus fundamentos jurídicos que: *“PRIMERO.- BBVA Argentaria S.A., formuló demanda de juicio ordinario contra Dª Tamara, en ejercicio de acción de declaración del vencimiento anticipado y de reclamación de todas las cantidades adeudadas, subsidiariamente resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios. Subsidiariamente acción de reclamación de las cantidades vencidas y de las que venzan sucesivamente en cumplimiento del contrato más intereses. Acción del ejercicio del derecho de hipoteca. Fundamentaba su pretensión en que mediante escritura pública de 21 de octubre de 2005 la Caixa d'Estalvis de Catalunya concedió a la demandada un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 202.000 euros. Posteriormente se novó por escritura de 12 de marzo de 2009 quedando el importe total del capital prestado en 236.229'80 euros. En la escritura inicial se pactó el vencimiento anticipado en la cláusula 6ª bis. El prestatario ha dejado impagadas las cuotas desde el 31 de diciembre de 2013 y liquidada la deuda asciende a 237.980'47 euros. Se hace constar que no se reclaman intereses moratorios y que la liquidación se ha realizado sin la aplicación de la cláusula suelo, habiéndose descontado del saldo deudor las cantidades percibidas por la aplicación de dicha cláusula. La pretensión ejercitada en la demanda se fundamenta en los artículos 1124 y 1129 del Código Civil. Dª Tamara contestó a la demanda en los siguientes términos. Falta delegitimación activa ya que la entidad demandante no era titular de ninguna operación crediticia. Desde que desaparece el banco titular de la hipoteca Catalunya Banc, la*

demandada soportó un peregrinaje de cuentas, comunicaciones, cambios de sucursales y la desaparición física de la sucursal provocó la imposibilidad material de abonar las cuotas, se procedió a un cambio de numeración bancaria y devino imposible el pago de los recibos domiciliados. Este hecho notorio conllevó a que fueran literalmente acosados por un gestora desconocida. Un fondo de titulización de activos es el titular de los créditos hipotecarios que tiene la demandada llamado FTA 2015 Fondo de Titulización de Activos. Se solicitó documentación a varios gestores sin que ninguno de ellos haya querido hasta la presentación de la demanda entregar documentación alguna de la operación. Si esto ocurre en el año 2015 y el BBVA integra en su patrimonio la cartera de Catalunya Banc en 2016, es imposible que integre los de la demandada por que ya lo estaban en FTA 2015 Fondo de Titulización de Activos. El 15 de abril de 2015 Catalunya Banc transmite su derecho a ese fondo de titulización. La única cualidad formal que tiene la demandante es la inscripción registral. El fondo de titulización carece de personalidad jurídica y es la sociedad gestora quien representa al fondo ante toda clase de organismos. Se alegó también la existencia de litisconsorcio pasivo respecto del marido de la demandada por afectar a la vivienda habitual y ser cotitular del préstamo. Por último se invocó la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y la de intereses moratorios. La sentencia de instancia desestimó la demanda al apreciar la falta de legitimación activa y contra dicha resolución formula recurso de apelación BBVA Argentaria S.A. **SEGUNDO.**- La parte demandante funda su recurso en que la titularidad activa la ostenta ella por estar inscrita a su favor la hipoteca, además de acuerdo con la normativa prevista en el Real Decreto 716/2009 la entidad financiera conservó la titularidad formal de los préstamos hipotecarios así como su administración y custodia por cuenta de los referidos fondos por lo que la ejecución del préstamo corresponde a la entidad emisora y en caso de impago el titular de la participación podrá compeler al emisor para que inste la ejecución y que conforme a la nueva ley 5/2015 de 27 de abril la doctrina mayoritaria distingue para la legitimación si tiene o no inscrita la garantía de forma que será del Fondo si éste la tiene inscrita a su favor o del emisor si la tiene la entidad financiera. Examinadas las actuaciones el motivo ha de ser desestimado por lo que a continuación se expone. En relación a la cuestión de legitimación de la entidad financiera que ha transmitido el préstamo hipotecario a un fondo de titulización de activos se ha pronunciado la Audiencia provincial de Castellón en sentencia de 19 de octubre de 2017, que es aplicable al caso de autos y que por lo tanto esta Sala comparte. Dice la referida sentencia: "Latitulización, también conocida por el anglicismo "securitización", es una técnica financiera que consiste en la transferencia de activos financieros que proporcionan derechos de crédito (por ejemplo y por lo que ahora interesa, préstamos hipotecarios) a un inversor, transformando esos derechos de crédito en títulos financieros emitidos en los mercados de capitales. Unatitulización tiene lugar reagrupando en una misma cartera un conjunto de derechos de crédito de naturaleza similar (por ejemplo, préstamos inmobiliarios, etc) que son cedidos a una estructura ad hoc (sociedad, fondo o trust) que financia el precio de compra colocando los títulos entre los inversores. Los títulos, que suelen adoptar la forma de bonos, representan cada uno una fracción de la cartera de derechos de crédito titulizados y dan el derecho a los inversores a recibir pagos por los derechos de crédito (cuando los préstamos inmobiliarios generan pagos mensuales) bajo la forma de interés y de reembolso del principal. En España, latitulización está regulada, básicamente, por la Ley 19/1992 de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, que también modificó algunos preceptos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. Al día de hoy, no podemos dejar de citar la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, a la que nos referiremos más adelante. El art. 5 de la Ley 19/1992 dispone que para la emisión de los valores a que se refiere deberán constituirse agrupaciones de participaciones hipotecarias denominadas "Fondos

de Titulización Hipotecaria", que constituirán patrimonios separados y cerrados, carentes de personalidad jurídica, que, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 7, estarán integrados, en cuanto a su activo, por las participaciones hipotecarias que agrupen y, en cuanto a su pasivo, por valores emitidos en cuantía y condiciones financieras tales que el valor patrimonial neto del Fondo sea nulo (ap. 1) y que la administración y representación legal de los Fondos corresponderá a las Sociedades gestoras que los hubieran creado. La constitución de cada Fondo se formalizará en escritura pública (ap. 2). El art.6.1 dice que las sociedades gestoras podrán tener a su cargo la administración y representación legal de uno o más Fondos y que les corresponderá, en calidad de gestoras de negocios ajenos, la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos con cargo a los Fondos que administren. El artículo 2 de la Ley 2/1981 dice que bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan en la misma y el art. 15 dispone que estas entidades podrán hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera, mediante la emisión de títulos valores denominados participaciones hipotecarias y concede a los titulares de estas participaciones 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 previendo que en este caso, el titular de la participación puede concurrir, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, pudiendo incluso subrogarse en la ejecución judicial si el acreedor hipotecario no la instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello. La titulación de activos se contempla por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero. Dispone esta Adicional que los valores emitidos por los Fondos de Titulización Hipotecaria regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, tendrán el carácter de títulos hipotecarios de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y que el Gobierno podrá extender el régimen previsto para la titulación de participaciones a la titulación de otros préstamos y derechos de crédito, incluidos los derivados de operaciones de "leasing", y los relacionados con las actividades de las pequeñas y medianas empresas; los fondos que se autoricen al amparo de la normativa que se dicte se denominarán Fondos de Titulación de Activos (FTA). Se venía a recoger una previsión ya contemplada en el art. 16 del R.D. 3/1993, de 26 de febrero.

El Real Decreto 926/1998 de 14 de mayo (actualmente derogado por Ley 5/2015), por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación, concretaba la disciplina legal de éstos. Decía en su art.1.1 que los fondos de titulación de activos son patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, integrados, en cuanto a su activo, por los activos financieros y otros derechos (en adelante, activos) que agrupen y, en cuanto a su pasivo, por los valores de renta fija que emitan y por préstamos concedidos por entidades de crédito. Con carácter general, la financiación con valores deberá ser superior al 50 por 100 del pasivo, salvo que concurran causas financieras, técnicas, jurídicas o de mercado que justifiquen un porcentaje menor y se acredite en el momento de la constitución del fondo. Asimismo, podrán integrar su pasivo con aportaciones de inversores institucionales, a quienes corresponderá el derecho al remanente que, en su caso, se produzca con ocasión de la liquidación del fondo, una vez satisfechos los derechos de crédito de los restantes acreedores. A estos efectos, se considerarán inversores institucionales los mencionados en el artículo 7.1.párrafo a) del Real Decreto 291/1992 de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de

valores. Regula las sociedades gestoras de fondos detitulización , que "tendrán por objeto exclusivo la constitución, administración y representación legal tanto de los fondos detitulización de activos como de los fondos detitulización hipotecaria".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 se refiere de manera muy directa al ejercicio de la acción ejecutiva.

Dispone en su art.30.1 que la ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31 que, en el caso de que tuviera lugar la falta de pago del deudor, reconoce al titular de las participaciones la facultad de compeler al emisor a que inste la ejecución hipotecaria, concurrir a la ejecución en igualdad de derechos con el emisor y, si tras ser requerida la emisora no inicia el procedimiento, le reconoce legitimación para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación, tanto por principal como por intereses. Las disciplina legal expuesta se completa con la Ley 5/2015 de 27 de abril, con cuya base puede defenderse la postura favorable a la falta de legitimación de la entidad cedente, que en el presente caso es la prestamista ejecutante. Más adelante nos referimos a ello. En el presente caso ha tenido lugar latitulización y se plantea la cuestión de que, puesto que la cesión del crédito titulizado ha producido la transmisión del derecho al titular de la participación, parece lógico que esta titularidad legitime a éste y no a la entidad en su día prestamista y luego emisora de los títulos de participación para el ejercicio de la acción.

B) Postura favorable a la legitimación de la entidad prestamista cedente. La respuesta favorable a la legitimación activa de la entidad prestamista y emisora encuentra apoyo directo en el citado art.30.1 del R.D. 716/2009 , que dispone que la ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora. Este argumento legal puede completarse, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, con que el art. 29 del mismo Real Decreto permite el acceso al Registro de la Propiedad de las participaciones hipotecarias cuando se trata de inversores no profesionales, al decir que " Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, tal y como se definen en el artículo 78 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio ,del mercado de valores, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado, se emitirán en escritura pública, de la que se tomará nota en el Registro de la Propiedad, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente ". Si, como es habitual, se trata de profesionales, la aplicación de la normativa general conduce a la conclusión de que la suscripción de la participación-titulización de créditos hipotecarios no es posible con arreglo a la disciplina legal expuesta. La razón de ello es que la norma define a los Fondos de Titulización Hipotecaria como patrimonios separados carentes de personalidad jurídica (art.5 de la Ley 19/1992 , art.1.1 del Real Decreto 926/1998 de 14 de mayo ; normas derogadas por la Ley 5/2015, que no altera esta definición). Y no es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión del crédito con garantía hipotecaria a que da lugar latitulización , puesto que el art.9 de la Ley Hipotecaria exigía en su apartado 4 (hasta la modificación legal a que haremos referencia) que en la inscripción en el Registro se haga constar " la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción " y el art. 11 de su Reglamento dice que no son inscribibles " los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica ". Con arreglo a ello, no puede instar el procedimiento de ejecución hipotecaria el Fondo titular del crédito en virtud de la cesión si no puede practicarse a su favor la inscripción de la cesión del crédito hipotecario, tal como exige el art.149 LH y como por otra parte es necesario con arreglo a lo que dispone el art.130 LH ("El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo"). A lo

dicho se añade que, pese a ser el Fondo el titular de la " relación jurídica u objeto litigioso ", tal como exige el art.10 LEC , este mismo precepto contempla la llamada legitimación extraordinaria a favor de quien no ostente dicha titularidad (art.10 LEC), y en relación con esto, la previsión ya mencionada del art.30 del R.D 716/2009 a favor del ejercicio de la acción ejecutiva por la entidad emisora. Llamamos la atención sobre que esta postura implica tener por buena la legitimación extraordinaria prevista en una norma de carácter reglamentario, no establecida por ley formal. En las resoluciones dictadas sobre la cuestión por las Audiencias Provinciales es mayoritaria la postura favorable a que, pese a la titularización , la entidad financiera cedente ostenta legitimación activa, con base en las normas a que se ha hecho referencia, singularmente el artículo 30 del Real Decreto 716/2009 . Pueden citarse, en este sentido y entre otros, los Autos de las Audiencias Provinciales de Madrid de 1 de diciembre de 2016 (ROJ: AAP M 1630/2016), Valencia, sec 9, de 6 de febrero de 2017 (ROJ: AAP V 67/2017), Girona de 23 de febrero de 2017 (ROJ: AAP GI 224/2017), Madrid de 29 de mayo de 2017 (ROJ: AAP M 3113/2017), o Zaragoza de 30 de junio de 2017 (ROJ: AAP Z 2157/2017). Valga, no obstante, señalar que el citado Auto AP Valencia de 6 de febrero de 2017 no llega a plantearse la incidencia que en la cuestión pudiera tener la Ley 5/2015 por ser posterior al comienzo del procedimiento de que se ocupaba el tribunal: "(...) el propio recurrente invoca un precepto, en su escrito de oposición, el artículo 25 de la Ley 5/2015 de 27 de abril , de fomento de la financiación empresarial, que atribuye la representación de estos fondos a las sociedades gestoras de fondos de titularización , que no se hallaba en vigor al tiempo de presentarse la demanda, lo que implica, por una parte, que tal no es la situación a tener en cuenta, por la inmutabilidad de la situación jurídica existente al presentarse la demanda, de ser admitida, y, por otro, que el soporte legal que argumenta el recurrente en su oposición no es aplicable, pues implicaría una inadecuada aplicación retroactiva de la norma ".C) Opinión del tribunal. Favorable a que no está legitimada para interponer la demanda de ejecución la entidad prestamista cedente del crédito.1. Partimos de que, en principio y salvo disposición legal que diga otra cosa, la transmisión o cesión del crédito, incluso el garantizado con hipoteca (arts.1526 y ss.CC, 149LH) conlleva que el cesionario, en cuanto nuevo titular del derecho de crédito y de los accesorios como es la hipoteca (art.1528 CC), pasa a ser el legitimado para el ejercicio de los derechos que aquel conlleva (art.10 LEC).A ello se añade que el art.540.1 LEC prevé que la " ejecución podrá despacharse o continuarse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo "El reconocimiento de legitimación para el ejercicio de la acción hipotecaria a favor del cedente en los casos de titularización puede subsumirse en la previsión legal del segundo párrafo del art.10 LEC (" Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular ") y se reconoce en el citado artículo 30 del Real Decreto 716/2009 .Por otra parte y por lo que de manera más concreta respecta al ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria, para lo que es esencial la inscripción registral a favor de la parte demandante, dicha legitimación excepcional de la entidad prestamista cedente que por titularización dejó de ostentar el derecho de crédito podía encontrar apoyo -más práctico que normativo- en que no era posible la inscripción en el Registro de la Propiedad de la titularidad del Fondo, por carecer de la personalidad jurídica necesaria para ello (art.9.4 LH y 11 RH).2. Sin embargo, la normativa legal que impedía el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria por el Fondo cesionario ha experimentado una modificación que incide de forma relevante en la cuestión a que nos venimos refiriendo.a) Por una parte, la Ley 13/2015 de 14 de junio (de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004 de 5 marzo) dió nueva redacción al art.9 de la Ley Hipotecaria . Al relacionar el contenido de la inscripción, a la mención en el apartado e) de que debe constar la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción añade "

o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones ".Quedó con ello abierta, desde el día 1 de noviembre de 2015 en que entró en vigor la modificación (Disp. Final Quinta Ley 13/2015), la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de garantía a favor del Fondo de Titulización . En la redacción a que dió lugar el RD 1867/1998 de 4 de septiembre, el art.11 RH contemplaba la inscripción de " los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a fondos, sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior, detitulización hipotecaria, o detitulización de activos ", si bien fue anulado por la STS, Sala Civil, de 31 de enero de 2001 , porque suponía la introducción reglamentaria de una modificación que afectaba a una norma de rango legal, cual era a la sazón el art.9.4 LH . Esta anomalía dejó de existir con la modificación de la Ley Hipotecaria a que nos estamos refiriendo. b) De otro lado, también ha venido a incidir en la normativa la Ley 5/2015 de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Publicada en el BOE de 28 de abril de 2015, entró en vigor al día siguiente (D.Final 13^o). La Ley reforma el régimen legal de las titulaciones, que pasan a estar reguladas de forma completa e integrada en su Título III, en cuanto ahora interesa, y deroga de forma genérica las normas de igual o inferior rango que se le opongan. También deroga expresamente parte de la antes citada Ley 3/1994 y el RD 926/1998 por el que se regulaban los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos detitulización (Disp. Derogatoria). El art. 15.1 define los fondos detitulización como patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica. Abundando en la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, ya expedida por la redacción dada al art.9 LH por la reforma operada por la Ley 13/2015, dispone su art. 16.3 que se "podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos detitulización . Igualmente se podrán inscribir la propiedad y otros derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los fondos detitulización en los registros que correspondan".

El Capítulo II del Título III regula las sociedades gestoras de fondos detitulización que, con arreglo al art. 25.1 tienen por objeto la "constitución , administración y representación legal de los fondos detitulización y de los fondos de activos bancarios "; este objeto social tiene carácter exclusivo (art. 29.1.b). Es la sociedad gestora del fondo quien promueve su constitución , modificación y extinción (arts. 22 , 23 y 24). Dispone el art. 35.3 que la sociedad de gestión de activos, que será sociedad anónima, se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en la normativa que la desarrolle y, supletoriamente, por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, y demás normas del ordenamiento jurídico-privado.3. Sobre la base del hecho indiscutible de que mediante latitulización se produce la cesión del crédito, de suerte que titular de los derechos inherentes al mismo y con ello de la relación jurídica u objeto litigioso (art.10 LEC) pasa a ser el fondo detitulización , las modificaciones legales a que acaba de hacerse referencia permiten concluir la falta de legitimación de la entidad prestamista cedente, que en virtud de la cesión dejó de ostentar los derechos de crédito y el accesorio de garantía hipotecaria (art.1528 CC), a la vez que decaen las razones que en su día pudieron justificar que una norma reglamentaria les reconociera dicha legitimación .Partiendo de que tanto el derecho principal de crédito, como el de garantía hipotecaria han pasado a ser ostentados por el Fondo de Titulización , representado legalmente por la Sociedad Gestora que lo constituyó y puede extinguirlo, y que es ahora posible la inscripción de la garantía real en el Registro de la Propiedad, es la Sociedad Gestora la legitimada para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria.No es óbice a ello el contenido del art. 30 del R. D. 716/2009 , que reconoce la legitimación de la entidad emisora, esto es, de la prestamista.En primer lugar porque, si bien no ha sido derogado, se trata de una norma reglamentaria, de rango inferior

a las leyes formales que fundan la legitimación de la sociedad gestora, con arreglo a lo antes razonado. Por otra parte, porque es unánime la opinión doctrinal de que la legitimación extraordinaria, además de requerir expresa cobertura legal, es de interpretación estricta. En este sentido, es discutible que sea suficiente para ello una norma de carácter reglamentario, lo que comporta entender que la mención del párrafo segundo del art.10 LEC , al exceptuar los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular "cuando la ley lo prevea expresamente" se refiere a cualquier norma, con independencia de su rango, sin que sea necesario que lo tenga de ley formal. Téngase en cuenta que, salvo el que ahora nos ocupa, los supuestos que se admiten como delegitimación extraordinaria encuentran su apoyo en una ley en sentido estricto, sea el Código Civil (arts. 1111, 1552 y 1869), sea la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts.11 y 11 bis)), sean leyes especiales (art.7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal , art. 5.g Ley de Colegios Profesionales , art. 20 Ley 26/1984 , actualmente arts. 20 y 24 del Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios aprobada por el RD Legislativo 1/2007 , artículo 240 TR Ley de Sociedades de Capital y artículo 73 de la Ley Concursal , entre otras). La STS de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), con cita de la anterior STS nº 634/2010 de 14 de octubre , dice que la legitimación extraordinaria tiene lugar en " situaciones en las que se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión que haga posible la actuación del derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso. Estas excepciones, en cuyo origen subyacen causas de muy distinta índole, exigen la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso ".Entendemos que esta cobertura ha de contenerse en una norma con rango de ley, sin que sea suficiente un reglamento, como es el R.D. núm. 716/2009 en que se pretende fundar la legitimación extraordinaria de la entidad cedente. Téngase en cuenta que las normas antes citadas de las que no se discute que contienen tal clase de delegitimación tienen dicho rango legal y que es coherente que, regulada por ley formal la legitimación ordinaria (art.10 LEC), también la extraordinaria se contenga en todo caso en una norma del mismo rango, no en un mero reglamento.Por otra parte, dispone el art.6 LOPJ que los tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la ley o al principio de jerarquía normativa.D) Conclusión.1) Tanto el art.9.e de la Ley Hipotecaria tras la modificación operada por la Ley 13/2015, como el art. 16.3 de la Ley 5/2015 permiten la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos reales pertenecientes a los fondos de titularización . Por lo tanto, es inscribible a favor del fondo el derecho real de hipoteca, lo que antes no era posible.2) Si bien los fondos de titularización son patrimonios separados carentes de personalidad jurídica (art. 15.1 Ley 5/2015), el ejercicio de las acciones que les competan y su defensa en el proceso debe ser actuado por la correspondiente sociedad gestora que lo ha constituido, puede modificarlo e instar su extinción (art. 22, 23 , 24 Ley 5/2015) y le representa legalmente (art. 25.1 Ley 5/2015).3) Los preceptos citados de la Ley 5/2015 y de la Ley 13/2015 inciden en la viabilidad procesal de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la sociedad gestora del fondo de titularización , como ya se ha razonado. Desde esta perspectiva y en el sentido indicado, tienen naturaleza eminentemente procesal por lo que lo relevante no es la fecha de otorgamiento del contrato de cuya ejecución se trate, sino la de presentación de la demanda (art.2.2 LEC).Por lo tanto, no supone aplicación retroactiva, aunque la escritura de préstamo sea de fecha anterior. 4) El art.30 RD 716/2009 , que se invoca en el recurso y dispone que el ejercicio de la acción ejecutiva corresponde a la entidad emisora, es una norma de carácter reglamentario, que necesariamente decae ante la Ley de Enjuiciamiento Civil y las posteriores con rango de ley formal que sustentan la postura expuesta (Ley 5/2015 y Ley 13/2015).Y no tiene el rango de ley ordinaria apto para la regulación de la legitimación extraordinaria prevista en el

párrafo segundo del art.10 LEC . El segundo motivo de recurso es el relativo a la imposición de costas por entender que existen dudas de derecho, motivo que ha de acogerse dada la existencia de dudas jurídicas en atención a todo lo expuesto.”

Siguiendo el anterior criterio, procede acoger la excepción de falta de legitimación activa formulada por la codemandada personada, y en consecuencia dictar una sentencia desestimatoria, sin examinar el resto de cuestiones litigiosas.

TERCERO.- El artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que:“En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.”

La legitimación activa de las entidades prestamistas que han titulado el crédito es una cuestión jurídica que suscita ciertas dudas, existiendo sentencias con pronunciamientos dispares, por lo que no procede hacer expresa imposición en costas; tal y como se recoge en la sentencia anteriormente transcrita.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que acogiendo la excepción de falta de legitimación activa formulada por la codemandada D^a. _____, representada por la Procuradora D^a. _____ frente a la entidad actora BANCO SANTANDER SA, debo desestimar la demanda presentada por la Procuradora D^a. _____ en nombre y representación de BANCO SANTANDER SA, frente a _____ MARIA _____), absolviendo a ambos demandados de todas las peticiones deducidas en su contra; y todo ello sin hacer expresa condena en costas.

Llévese el original al legajo de sentencias definitivas, dejando testimonio en las actuaciones.

Notifíquese la presente a las partes advirtiéndoles, que contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación en el plazo de veinte días, en la forma prevista en los art. 455 y ss. LEC, previo depósito de cincuenta euros (50 €).

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-Dada, leída y publicada, ha sido la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, encontrándose en el día de la fecha, con mi asistencia, celebrando audiencia