



Roj: **STS 3767/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3767**

Id Cendoj: **28079110012021100684**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2021**

Nº de Recurso: **1742/2019**

Nº de Resolución: **708/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 708/2021

Fecha de sentencia: 20/10/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1742/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1742/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 708/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 20 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia de 5 de febrero de 2019, dictada en grado de apelación por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 403/2017 del Juzgado de Primera



Instancia núm. 20 de los de Madrid, sobre vencimiento anticipado y pago de capital, intereses ordinarios y de demora de crédito hipotecario titulizado en participaciones hipotecarias.

Es parte recurrente D.^a Raimunda , representada por el Procurador D. Miguel Ángel Ayuso Morales y bajo la dirección letrada de D.^a Aurora Cuadrado Sánchez.

Es parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representado por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de D.^a Eva Galera Moreno.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra D.^a Raimunda , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] estimando la totalidad de las acciones ejercitadas con los siguientes pronunciamientos:

" Respecto del contrato de financiación convenido por las partes mediante escritura autorizada por el Notario D. Juan López Duran, en fecha 15 de octubre de 2007 bajo el número 3741 de su protocolo:

" 0.- Con carácter previo:

1) De conformidad con lo indicado en el hecho primero de la presente demanda, y como consecuencia del fallecimiento de Doña Valentina , si bien, esta parte entiende que la Sra. Raimunda es la única heredera de la anterior, por resultar, de la certificación registral, que ha pasado a ser única titular de la finca nº NUM000 , es interés de esta parte se requiera a la otra prestataria, la Sra. Raimunda , en la propia finca hipotecada a fin de que aporte la documentación correspondiente que acredite el devenir de la herencia.

" I. Con carácter principal:

" 1) Declare el vencimiento anticipado de la total obligación de pago derivada del contrato.

" 2) Condene a la acreditada al pago de la totalidad de las cantidades debidas a mi mandante por principal, así como por intereses ordinario devengados hasta la fecha de interposición de la demanda, que ascienden a la cantidad de treinta y cuatro mil setecientos veintisiete euros con cuarenta y cinco céntimos (34.727,45 €) así como de los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial, y hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a mi mandante.

" 3) Ordene la realización del derecho de hipoteca mencionado en el hecho 2º de esta demanda y a tal fin, para el caso de que no se paguen las cantidades adeudadas, proceden en ejecución de sentencia, a la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, de forma que el producto de la venta del inmueble será destinado al pago del crédito garantizado en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en la sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria. Todo ello sin perjuicio del derecho que asistirá a mi representada a continuar la ejecución contra los demandados, por su responsabilidad personal y universal hasta el completo pago del importe adeudado que en su caso no se haya satisfecho con la ejecución de la hipoteca.

" 4) Condene a la acreditada al pago de las costas procesales.

" II. Con carácter subsidiario, para el caso de que se desestimen las pretensiones del apartado I anterior:

" 1) Declare la resolución del mencionado contrato de financiación.

" 2) Condene a la acreditada al pago de la totalidad de las cantidades debidas a mi mandante por principal así como por intereses ordinarios devengados hasta la fecha de interposición de la demanda, que ascienden a la cantidad de treinta y cuatro mil setecientos veintisiete euros con cuarenta y cinco céntimos (34.727,45 €); así como de los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial, y hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a mi mandante.

" 3) Ordene la realización del derecho de hipoteca mencionado en el hecho 2º de esta demanda y a tal fin, para el caso de que no se paguen las cantidades adeudadas, proceder en ejecución de sentencia a la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, de forma que el producto de la venta del inmueble será destinado al pago del crédito garantizado en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en la sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial,



con la prelación derivada de la garantía hipotecaria. Todo ello sin perjuicio del derecho que asistirá a mi representada a continuar la ejecución contra los demandados, por su responsabilidad personal y universal hasta el completo pago del importe adeudado que en su caso no se haya satisfecho con la ejecución de la hipoteca.

" 4) Condene a la acreditada al pago de las costas procesales.

" III. Con carácter subsidiario, para el caso de que se desestimen las pretensiones de los apartados I) y II) anteriores:

" 1) Condene a la acreditada, al cumplimiento del mencionado contrato de financiación al pago de la cantidad que, por cuotas de principal intereses ordinarios y moratorios del contrato haya vencido en el momento de certificar la deuda según se ha indicado en el hecho tercero de la demanda, que asciende a la cantidad de trece mil setecientos noventa euros con sesenta y siete céntimos (13.790,67 €) así como a las cuotas que por principal, intereses ordinarios se devenguen hasta la sentencia y en su caso, hasta el íntegro pago del préstamo, así como de los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial y hasta el completo pago de las cantidades adeudadas, a mi mandante hasta sentencia, momento a partir del cual se devengarán los intereses del artículo 576 de la LEC.

" 2) Ordene la realización del derecho de hipoteca mencionado en el hecho 2º de esta demanda y a tal fin, para el caso de que no se paguen las cantidades adeudadas, proceder en ejecución de sentencia, a la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, de forma que el producto de la venta del inmueble será destinado al pago del crédito garantizado en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en la sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria. Todo ello sin perjuicio del derecho que asistirá a mi representada a continuar la ejecución contra los demandados, por su responsabilidad personal y universal hasta el completo pago del importe adeudado que en su caso no se haya satisfecho con la ejecución de la hipoteca.

" 3) Condene a la acreditada al pago de las costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 4 de abril de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Madrid, fue registrada con el núm. 403/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Miguel Ángel Ayuso Morales, en representación de D.^a Raimunda, contestó a la demanda, solicitando:

" - Acuerde la suspensión del presente procedimiento por prejudicialidad civil;

" - Subsidiariamente, para el supuesto de que no se acuerde la suspensión solicitada, acuerde el archivo de las actuaciones, por falta de legitimación activa, con expresa imposición de costas a la parte actora;

" - Y, por último, para el caso de que no se estimen ninguna de las dos anteriores, se acuerde la suspensión del presente procedimiento hasta el momento en que el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo relativas a la cláusula del vencimiento anticipado en los préstamos con garantía hipotecaria, toda vez que la resolución de dichas cuestiones incide en el objeto del presente procedimiento.

Con fecha 8 de noviembre de 2017 se dictó auto acordando desestimar la petición de suspensión por prejudicialidad civil.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Madrid, dictó sentencia 108/2018 de 13 de abril, cuyo fallo dispone:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Abajo Abril, en nombre y representación de BBVA, contra Doña Raimunda :

" 1. Se declara el vencimiento anticipado de la total obligación de pago derivada del contrato de crédito con garantía hipotecaria que unía a las partes.

" 2. Se condena a la demandada al pago de la totalidad de las cantidades debidas por principal, así como por intereses ordinarios devengados hasta la fecha de interposición de la demanda, que ascienden a la cantidad de 34.727,45 euros, así como de los intereses del art. 1108 CC que se devenguen desde la interpelación judicial, hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a mi mandante.

" 3. Se desestiman el resto de pretensiones de la demandante relativas al trámite de ejecución de sentencia.



" No procede hacer especial imposición de costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Raimunda . La representación de BBVA S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 450/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 5 de febrero de 2019, que desestimó el recurso y condenó en costas a la parte apelante.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Miguel Ángel Ayuso Morales, en representación de D.^a Raimunda , interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

El motivo del recurso de extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Se funda este motivo en la infracción del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que: "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular".

" Entendemos que existe infracción del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que la parte actora carece de legitimación activa en el presente procedimiento".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la legitimación activa de las entidades bancarias cedentes.

" Se funda este motivo en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre legitimación activa de las entidades bancarias que han titulizado créditos en fondos de titulización, solicitando que se fije que la doctrina jurisprudencial procedente es la recogida en las siguientes resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 19 de octubre de 2017, número de Sentencia 252/2017, número de Recurso 298/2017 (Número: AAP CS 487/2017) que se acompaña como documento nº 1. Resolución de la Audiencia Provincial de Valencia, número de Resolución 277/2005, número de Recurso 266/2005 (Id Cendoj: 46250370092005100287). Así mismo tenemos el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón nº 133/2012, de 12 de julio, dictado en Rollo de Apelación 428/12, Ponente Ilmo. Sr. Marco Cos y el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón nº 141/2012, de 24 de julio, dictado en el Rollo de Apelación nº 429/12, ponente Ilmo. Sr. Giménez Ramón".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó un auto el 16 de junio de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- BBVA S.A. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de octubre de 2021 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa (actualmente, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, en adelante, BBVA) concedió el 15 de noviembre de 2007 un crédito hipotecario de 40.000 euros a D.^a Raimunda como deudora no hipotecante, y a D.^a Valentina , como deudora hipotecante, si bien con posterioridad, a la muerte de la segunda, D.^a Raimunda sucedió a D.^a Valentina en la titularidad dominical del inmueble hipotecado y quedó como única deudora. Las cuotas del crédito dejaron de pagarse desde el 13 de abril de 2013.

2.- El banco titulizó dicho crédito hipotecario el 15 de abril de 2015 mediante la emisión de participaciones hipotecarias. FTA 2015 Fondo de Titulización de Activos suscribió esas participaciones hipotecarias "de conformidad con lo establecido en la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del



mercado financiero ("Ley 2/1981") y en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981", según consta en la escritura notarial en la que se documentó dicha operación.

3.- BBVA interpuso en abril de 2017 una demanda de juicio ordinario contra D.^a Raimunda . Como pretensión principal, solicitó que se declarase el vencimiento anticipado de la total obligación de pago derivada del contrato, se condenase a la acreditada al pago de las cantidades debidas por principal, intereses ordinarios e intereses moratorios y se ordenara la realización del derecho de hipoteca procediéndose, en ejecución de sentencia, a la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, de forma que el producto de la venta del inmueble fuera destinado al pago del crédito garantizado, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria, sin perjuicio del derecho a continuar la ejecución contra la demandada, por su responsabilidad personal y universal hasta el completo pago del importe adeudado que en su caso no se haya satisfecho con la ejecución de la hipoteca.

4.- D.^a Raimunda se opuso a la demanda. En lo que es relevante para resolver este recurso, por ser la única cuestión que ha sido objeto de los recursos extraordinarios, la demandada alegó la falta de legitimación activa de BBVA porque el crédito hipotecario que servía de base a su demanda había sido titulizado y cedido a un fondo de titulización, que sería por tanto el acreedor legitimado para accionar con base en el crédito hipotecario que había resultado impagado.

5.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó tal excepción y estimó la pretensión principal de la demanda en lo relativo al vencimiento anticipado del crédito hipotecario y a la condena a pagar lo adeudado por capital, intereses ordinarios y de demora, y desestimó las demás peticiones formuladas en la demanda. La sentencia fue apelada por la demandada y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

6.- La demandada ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia, que han sido admitidos.

7.- BBVA ha opuesto la causa de inadmisión consistente en la falta de acreditación del interés casacional. Dicha causa de inadmisión debe ser rechazada. La existencia de criterios divergentes entre Audiencias Provinciales en lo relativo a la legitimación activa para ejercitar las acciones derivadas de un préstamo o un crédito hipotecario titulizado es notoria y basta consultar cualquier base de datos o leer cualquiera de los trabajos doctrinales que se han escrito sobre la cuestión para comprobarlo. No es obstáculo para ello que un número considerable de tales resoluciones definitivas que ponen fin a la segunda instancia hayan recaído en procesos de ejecución hipotecaria y hayan revestido la forma de autos. En este caso, lo relevante es la existencia notoria de resoluciones definitivas dictadas en segunda instancia respecto de una misma cuestión en las que se constata la existencia de importantes divergencias entre diversas Audiencias Provinciales.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, la recurrente invoca la infracción del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En el desarrollo del motivo, se argumenta que BBVA no es titular del crédito hipotecario objeto de este préstamo porque lo ha cedido a un fondo de titulización de activos denominado FTA 2015, como le fue comunicado en su día por el banco emisor, por lo que el pago a BBVA no le liberaría de la deuda, pues quien tiene derecho al cobro de lo adeudado por dicho crédito es FTA 2015. Conforme al art. 149 de la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo, LH), cedido el crédito o préstamo hipotecario garantizado por hipoteca conforme al art. 1526 del Código Civil, el cesionario se subroga en todos los derechos y acciones del cedente. Y conforme al art. 1528 del Código Civil, la cesión del crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la hipoteca.

3.- Argumenta también la recurrente que conforme a la Ley 19/1992, mediante la titulización de un préstamo, la entidad que lo concedió deja de ser acreedora del préstamo, aunque conserve la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración. Además, tras la nueva redacción del art. 9 LH por la Ley 13/2015, la hipoteca puede ya inscribirse en favor de un patrimonio separado, como es el caso de un fondo de titulización. También el art. 15.1 de la ley 5/2015 permite expresamente la inscripción en el Registro de la Propiedad de derechos reales (como la hipoteca) sobre bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización.

4.- Por último, no puede ampararse la legitimación del banco concedente del préstamo y emisor de las participaciones hipotecarias en el art. 30 del Real Decreto 716/2016 porque es un reglamento *contra legem*, ya que la legitimación extraordinaria exige cobertura legal, no siendo bastante la previsión reglamentaria.

5.- BBVA se ha opuesto al recurso. Además de la alegación de causas de inadmisión, ha argumentado que la emisión de las participaciones hipotecarias no constituye propiamente una cesión de crédito pues el banco emisor mantiene a todos los efectos la titularidad del crédito y su legitimación activa, como resulta de lo dispuesto en el art. 15 de la Ley del Mercado Hipotecario y en los arts. 26.3, 30 y 31 del reglamento de dicha ley.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: la legitimación activa para el ejercicio de acciones en caso de impago del préstamo o crédito hipotecario titulizado en participaciones hipotecarias.*

1.- Como se ha expuesto, es un hecho admitido por ambas partes que el crédito hipotecario concedido a la recurrente fue titulizado por BBVA en 2015 mediante la emisión de participaciones hipotecarias "de conformidad con lo establecido en la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del mercado financiero ("Ley 2/1981") y en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981". También ha resultado acreditado, y no ha sido objeto de controversia, que las participaciones hipotecarias correspondientes a este crédito hipotecario fueron suscritas por un fondo de titulización denominado FTA 2015, junto con las correspondientes a otros préstamos o créditos hipotecarios concedidos por la misma entidad bancaria.

2.- La titulización de préstamos o créditos hipotecarios mediante la emisión de participaciones hipotecarias está prevista en el art. 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (en lo sucesivo, LMH), que establece:

"Las Entidades a que se refiere el artículo segundo 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.

" No serán susceptibles de participación los créditos hipotecarios que sirvan de garantía a la emisión de bonos hipotecarios.

" Dicha participación podrá realizarse al comienzo o a lo largo de la vida del préstamo concedido. Pero el plazo de la participación no podrá ser superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario ni el interés superior al establecido para éste.

" El titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la Entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona. En este caso, el titular de la participación concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la Entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior. El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución.

" Si el acreedor hipotecario no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación. Las notificaciones pertinentes se harán fehacientemente.

" La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo.

" En caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación sólo será impugnabile en los términos del artículo 10, y, en consecuencia, el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación".

3.- En la fecha en que se produjo la emisión de las participaciones hipotecarias y su suscripción por FTA 2015, dicho precepto legal estaba desarrollado reglamentariamente por la sección 5.ª del capítulo III del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (en lo sucesivo, RMH). Los preceptos de este reglamento que son relevantes para resolver este recurso son los siguientes:

"Artículo 26. Emisión.

" [...] 3. La participación confiere a su titular los derechos que se establecen en la ley y los que se expresen en aquélla.

" El emisor conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo, abonando a los partícipes, incluso en caso de pago anticipado, el porcentaje que les corresponda en lo percibido del deudor hipotecario por concepto de capital e intereses de acuerdo con las condiciones de la emisión".



"Artículo 30. Acción ejecutiva.

" 1. 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.

" 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora para la efectividad de los vencimientos de la misma por principal e intereses, según el porcentaje de participación y lo establecido en la emisión, siempre que el incumplimiento de tal obligación no sea consecuencia de la falta de pago del deudor del préstamo o crédito hipotecario participado".

"Artículo 31. Facultades del titular.

" Si el incumplimiento fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, el titular o titulares de las participaciones tendrán las siguientes facultades:

" a) Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria.

" b) Concurrir en igualdad de derechos con el emisor, en la ejecución que éste siga contra el deudor, personándose a tal efecto en cualquier procedimiento de ejecución instado por aquél, y participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo o crédito y el acordado en la participación, cuando éste fuera inferior.

" c) Si aquélla no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado 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.

" En este supuesto quedarán subsistentes la parte del préstamo o crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas preferentes, entendiéndose que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas, sin destinarse a su pago y extinción el precio del remate.

" d) En caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, el partícipe podrá subrogarse en la posición de aquélla y continuar el procedimiento.

" En los casos previstos en las letras c) y d), el titular de la participación podrá instar del juez competente la incoación o continuación del correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria, acompañando a su demanda del título original de la participación, del inscripción y subsistencia de la hipoteca. Al expedirse esta certificación se hará constar en el registro, mediante nota marginal, que se ha expedido la certificación registral y se indicará su fecha y la identidad del solicitante. Estas circunstancias se harán constar en la certificación expedida".

4.- La titulización de los préstamos o créditos hipotecarios mediante la emisión de participaciones hipotecarias tiene como principales funciones económicas refinanciar el crédito hipotecario (a ello se hace mención en el art. 1 LMH y en el preámbulo del RMH) y reducir el activo de riesgo del banco (art. 15.IV LMH y art. 27.3 RMH).

5.- Esa función económica de la titulización de préstamos y créditos hipotecarios por la emisión de participaciones hipotecarias se articula mediante una regulación jurídica, de difícil encaje en las categorías de negocios jurídicos existentes con anterioridad en nuestro Derecho, que configura una cesión no ordinaria de cuotas de los créditos derivados de esos préstamos o créditos hipotecarios, de naturaleza *sui generis* y con un claro componente fiduciario.

6.- La emisión de las participaciones no altera la relación preexistente entre el banco emisor y el deudor hipotecario, sin perjuicio de la limitación de facultades del emisor que deriva de los derechos correlativos de los partícipes (arts. 4.3.º y 4.º RMH). La entidad financiera que emite esas participaciones, que representan cuotas del préstamo o crédito hipotecario (que pueden alcanzar la totalidad del crédito), no desaparece del préstamo o crédito respecto del que emite las participaciones, sino que permanece como titular, lo que determina que sobre el crédito o préstamo hipotecario participado exista, desde el lado activo, una cotitularidad, que no está sujeta al régimen ordinario de las obligaciones mancomunadas o parciarias sino al régimen especial que resulta de la Ley y, en su caso, de lo pactado en la escritura de emisión. La entidad financiera emisora de las participaciones tiene atribuida la custodia (por ejemplo, ejercicio de la acción de devastación del art. 117 LH) y administración del préstamo o crédito hipotecario (lo que incluye la gestión del cobro ordinario de las cuotas de amortización periódicas) y está obligada a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo. Mientras el deudor hipotecario pague a la entidad con la que contrató lo que



debe por el préstamo o crédito hipotecario contratado, el titular de las participaciones permanece al margen de la relación entre el emisor, acreedor hipotecario, y el deudor hipotecario. Por tanto, con la emisión de las participaciones hipotecarias se produce una concatenación de nexos jurídicos entre los distintos sujetos: el deudor del préstamo o crédito hipotecario titulado en participaciones hipotecarias continúa obligado frente a la entidad emisora, que sigue siendo su acreedora; esta, al emitir las participaciones hipotecarias, se obliga frente al partícipe en los términos previstos en la emisión de las participaciones.

7.- Esto se traduce en que el emisor de las participaciones hipotecarias sigue percibiendo los pagos del deudor hipotecario y, en lo que respecta a la legitimación activa, sigue siendo considerado como "acreedor hipotecario" (así lo denomina el art. 15 LMH, en contraposición con el "titular de la participación"), que cuenta con la garantía hipotecaria para la efectividad del crédito. El deudor hipotecario sigue siendo deudor del emisor que le concedió el préstamo o crédito hipotecario; el emisor percibe los pagos del deudor y tiene obligación de transferir al titular de la participación los flujos económicos estipulados en la emisión de la participación, que no pueden ser superiores a los que el banco emisor tiene derecho a percibir del deudor hipotecario ni tener un plazo superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario (art. 15.III LMH); y cuando el deudor hipotecario haya pagado al emisor la totalidad de lo adeudado por razón del préstamo o crédito hipotecario titulado, deja de ser deudor y la hipoteca se extingue al extinguirse, por pago, la obligación a la que sirve de garantía, por lo que puede cancelarse. En tal caso, cuando el deudor hipotecario ha realizado los pagos a que estaba obligado, si el titular de las participaciones hipotecarias no ha cobrado del emisor aquello a que tiene derecho con base en la participación, solo cuenta con una acción personal contra dicho emisor pero no puede accionar contra el deudor hipotecario.

8.- Este esquema negocial complejo se refleja en el sistema de acciones que prevé el art. 15 LMH y se desarrolla más ampliamente en los arts. 30 y 31 RMH. Si el emisor no paga al titular de la participación lo que este tiene derecho a percibir con base en dicha participación, el titular de la participación tiene acción personal contra el emisor, que puede ejercitar en vía ejecutiva. El emisor solo podrá oponer que el impago se debe, a su vez, a que el deudor hipotecario no le ha pagado las cantidades a que viene obligado con base en el préstamo o crédito hipotecario.

9.- Si el deudor hipotecario no paga al emisor, este, como acreedor hipotecario que sigue siendo, tiene acción contra dicho deudor hipotecario. Tanto la ley como el reglamento hacen referencia a la "acción ejecutiva" o a la "ejecución hipotecaria", pero no se ve obstáculo alguno a que la acción que se entable para el cobro de las cantidades adeudadas (en su caso, con declaración de vencimiento anticipado del préstamo o crédito hipotecario) lo sea en un juicio declarativo ordinario. Como hemos dicho, el banco emisor sigue siendo titular del préstamo o crédito hipotecario, pues conserva "la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario" y viene "obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo", por más que se trate de una titularidad compartida con los titulares de las participaciones hipotecarias en los términos previstos en la ley y el reglamento. Además de lo expuesto, puede ocurrir que la titulización del préstamo o crédito hipotecario en participaciones hipotecarias haya sido parcial.

10.- La entidad financiera emisora también sigue siendo titular registral del crédito hipotecario (art. 38 LH), y conforme al art. 130 LH el título ejecutivo es la escritura de préstamo hipotecario "en los términos en que se haya inscrito" (sentencia de esta sala 39/2021, de 2 de febrero). Ello sin perjuicio de la constancia registral, en su caso, de la inscripción mediante nota marginal de la escritura de emisión de las participaciones hipotecarias en los casos previstos en el art. 29.1, último párrafo, RMH (cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializadlos), en cuyo caso los "terceros que adquieran algún derecho sobre el préstamo o crédito hipotecario lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses".

11.- Asimismo, el emisor tiene también interés en que el deudor hipotecario pague lo adeudado por razón del préstamo o crédito hipotecario por el diferencial que generalmente existe entre el interés previsto en el préstamo o crédito hipotecario y el estipulado en la emisión de las participaciones, que constituye la retribución del emisor por su gestión del crédito, inciso final del art. 31.b RMH.

12.- Por tal razón, no solo tiene legitimación activa en un proceso de ejecución hipotecaria, sino que puede acudir también al cauce procesal del juicio declarativo ordinario cuando considere que este procedimiento es más adecuado a sus intereses y a los de los titulares de las participaciones hipotecarias, pese a que lo habitual sea que promueva la ejecución hipotecaria. La sentencia de esta sala 39/2021, de 2 de febrero, declara:

"[...] la posibilidad de instar la ejecución de la obligación garantizada con una hipoteca con las especialidades legales (art. 681 y ss. LEC), en la que el título ejecutivo es la propia escritura pública de préstamo hipotecario, en los términos en que se haya inscrito (art. 130 LH), no priva al acreedor de la posibilidad de acudir a un juicio



declarativo ordinario para obtener una sentencia de condena como consecuencia de la acción ejercitada tras el incumplimiento contractual, que es por lo que ha optado la demandante".

13.- En estos casos de impago del deudor hipotecario, si, como es usual, no está previsto en la emisión que el emisor adelante fondos al titular de la participación (para que la porción participada del crédito o préstamo hipotecario no se compute como activo de riesgo del emisor, art. 27.3 RMH) y este no cobra las cantidades a que le da derecho la suscripción de la participación, el art. 15 LMH, desarrollado en este punto por el art. 31 RMH, faculta al titular de la participación para lo siguiente:

i) Compeler al emisor, acreedor hipotecario, mediante requerimiento notarial para que inste la ejecución hipotecaria. Si el emisor no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado 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. En este supuesto quedarán subsistentes la parte del préstamo o crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas preferentes, entendiéndose que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas, sin destinarse a su pago y extinción el precio del remate.

ii) Si el acreedor hipotecario, bien porque haya sido requerido por el titular de la participación, bien porque haya actuado por propia iniciativa, ha promovido la ejecución contra el deudor hipotecario, el titular de la participación puede, o bien esperar a la finalización de la ejecución instada por el emisor (opción no prevista expresamente en la normativa citada pero evidente en todo caso), o bien concurrir en igualdad de derechos con el emisor en la ejecución que este siga contra el deudor, personándose a tal efecto en cualquier procedimiento de ejecución instado por aquél, y, en ambos casos, participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo o crédito y el acordado en la participación, cuando este fuera inferior. En caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, el partícipe podrá subrogarse en la posición de aquélla y continuar el procedimiento.

14.- De lo expuesto se desprende que el banco que concedió el préstamo o crédito hipotecario que ha sido titulizado mediante la emisión de participaciones hipotecarias tiene plena legitimación para promover el proceso judicial destinado al cobro de las cantidades adeudadas por el deudor hipotecario cuando este ha incumplido su obligación de pago, ya sea mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria, que será lo habitual, ya sea mediante otro procedimiento judicial que sea procedente, como es el caso del juicio declarativo ordinario.

15.- No se trata de una legitimación extraordinaria, sino de la legitimación derivada de la posición jurídica que el emisor tiene en la relación negocial *sui generis* derivada de la emisión de participaciones hipotecarias sobre un préstamo o crédito hipotecario preexistente que concertó con el deudor hipotecario, en el que sigue conservando la cualidad de acreedor hipotecario y una obligación de custodia, administración y de realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo. Por tanto, BBVA ostenta una titularidad, en los términos ya indicados, que legalmente le legitima para accionar contra el deudor hipotecario que ha impagado el crédito.

16.- A ello no obsta que el titular de la participación pueda estar también legitimado si no recibe los pagos a que tiene derecho con base en la participación debido, a su vez, al impago del deudor hipotecario, legitimación que puede ser conjunta con el emisor si este promueve el procedimiento, o "por subrogación" si el emisor no promueve el proceso o, promovido por el emisor, queda paralizado, pues también ostenta una titularidad de la relación jurídica litigiosa, aunque sea de una naturaleza diferente a la que ostenta el emisor y solo por la cuota del crédito que corresponda a su porcentaje de participación en el mismo.

17.- Lo expuesto determina que el recurso extraordinario por infracción procesal deba ser desestimado. Los preceptos legales invocados por la recurrente, arts. 149 LH y 1528 del Código Civil, no han resultado infringidos por la sentencia recurrida pues la emisión de participaciones hipotecarias no supone una cesión ordinaria del crédito resultante del préstamo o crédito hipotecario, que es lo regulado en tales preceptos legales, sino una cesión *sui generis* en la que el emisor conserva su condición de acreedor hipotecario, custodia y administra el crédito y ejercita los derechos que para el acreedor resultan del mismo, si bien lo hace fundamentalmente en beneficio del titular o titulares de las participaciones emitidas respecto de dicho crédito, en cumplimiento de las obligaciones que para el mismo se derivan de la emisión. En este sentido si bien el "deudor no quedará obligado por dicho contrato [en este caso, la emisión] a más que lo estuviere por el suyo", como prevé el párrafo segundo del art. 149 LH, sin embargo no rige en estos casos la regla del párrafo tercero de este precepto ("[e]l cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente") pues la posición del titular de las participaciones hipotecarias no es la que resulta de un cesión ordinaria.



18.- Lo anterior determina también la desestimación del recurso de casación, que versa sobre la misma cuestión y en el que en realidad la recurrente se limita a justificar el interés casacional de la cuestión.

CUARTO.- *Costas*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.ª Raimunda contra la sentencia de 5 de febrero de 2019, dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 450/2018.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.