

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚM. 7
DE VILANOVA I LA GELTRU
Juicio Ordinario núm. 553/2017**

SENTENCIA núm. 7/2019

En Vilanova i la Geltrú a 13 de enero de 2019.

XXXX XXXX XXXX Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de esta ciudad, ha visto los presentes autos de JUICIO ORDINARIO, seguidos con el nº 553/2017, promovidos a instancia de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A representado por la Procuradora de los Tribunales Doña XXXX XXXX XXXX y asistida por la letrada Doña XXXX XXXX XXXX , contra DON XXXX XXXX XXXX Y DOÑA XXXX XXXX XXXX representados por el Procurador Don XXXX XXXX XXXX y asistidos por el Letrado Don Jose Angel Gallegos Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales D^a XXXX XXXX XXXX en nombre y representación de BANCO BILBAO VIYCAYA ARGENTARIA SA, en fecha 28 de septiembre de 2017, se presentó demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra DON XXXX XXXX XXXX Y DOÑA XXXX XXXX XXXX en la que, tras alegar cuantos hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, y que se tienen por íntegramente reproducidos en esta resolución, se terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se acuerde:

I.-Con carácter principal:

- 1).-Declare la resolución del mencionado contrato de financiación
- 2).-Condene solidariamente a los prestatarios al pago de la totalidad de las cantidades debidas a mi mandante por principal así como por los intereses ordinarios devengados hasta la fecha de interposición de la demanda, que ascienden a la cantidad de xxx.xxx €, 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) Condene a los prestatarios al pago de las costas procesales.

II. con carácter subsidiario, para el caso de que se desestimen las pretensiones del apartado

La anterior:

1).- Condene solidariamente a los prestatarios al cumplimiento del mencionado contrato de financiación al pago de la cantidad que, por cuotas de principal, intereses ordinarios y moratorios del contrato hayan 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 36.501,78 euros, así como a las cuotas que por principal, intereses ordinarios que se devenguen hasta la sentencia y en su caso, hasta el integro pago del préstamo, así como 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 art 576 léc..

3).-Condene a los acreditados al pago de las costas procesales.

TERCERO.- Admitida la demanda por Decreto de 6 de octubre de 2017, se acordó dar traslado a la parte demandada para que contestar la demanda en plazo de 20 días, quien dejó transcurrir el plazo, sin contestar a la demanda, por lo que fue declarada en rebeldía procesal por Diligencia de fecha 3 de julio de 2018. Contra la expresada Diligencia se interpuso recurso de reposición por los ejecutados, que fue destinado por decreto de fecha 13 de noviembre de 2018.

Se señaló día para la audiencia previa prevista en el art. 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el día 8 de enero de 2019. Por Providencia de fecha 20 de diciembre de 2018 se requirió a la actora, a efectos de determinar la legitimación activa de oficio, que acompañe escritura pública de constitución de fondo de titulización.

CUARTO.- El día señalado, comparecieron ambas partes debidamente representadas con sus abogados y letrados, En dicha audiencia la parte actora se ratificó en su escrito de demanda, A la parte actora propuso prueba consistió únicamente la documental que consta en las actuaciones y la más documental aportada y la aportada en ese acto consistente en la copia de la escritura pública del Fondo de titulización de activos y sin que la demandada propusiera prueba Por tanto y de acuerdo con el art 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio por terminada la audiencia, sin necesidad de celebración de juicio, acordando dejar los autos para dictar sentencia conforme al art. 429.8 LEC.

SEXTO .- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.- Acción ejercitada y pretensiones de las partes:

Ejercita la actora en el presente proceso las siguientes acciones:

Como acción principal la acción de declaración de vencimiento anticipado con soporte en el artículo 1124 y 1129 del CC y reclamación de cantidad de la totalidad del préstamo hipotecario, es decir la cantidad adeudada por principal e intereses devengados hasta la fecha de su certificación (106,492,50 euros) más los intereses que se devenguen desde la interpelación judicial hasta que el completo pago.

Subsidiariamente ejercita la acción de reclamación de las cantidades vencidas e impagadas del préstamo hipotecario por principal, intereses ordinarios y moratorios (36.501,78 euros), así como las cuotas que por que por principal , intereses ordinarios se devenguen hasta sentencia y en su caso hasta el integro pago, así como los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial hasta que el completo pago

En apoyo de sus pretensiones, la actora alega, en síntesis, que la demandada dejó de atender el pago del préstamo que con garantía hipotecaria sobre su vivienda, le fue concedido por la actora y consecuencia de dicho impago procede la reclamación del mismo.

Frente a ello, la demandada, no contestó a la demanda siendo declarada en rebeldía procesal, si bien se persono posteriormente.

SEGUNDO.- Hechos controvertidos:

Son hechos controvertidos los siguientes:

- La Legitimación activa de BBVA. (que debe ser revisada de oficio)
- Si proceden las acciones que con carácter principal y subsidiario ejercita la actora o no.

TERCERO.- La legitimación activa de BBVA.

Debe comenzarse, diciendo que la ***falta de legitimación activa***, que es una cuestión de orden público, (por todas STS de 15 de noviembre de 2011) por lo que debe contemplarse de oficio ,

A.- Existe una falta de legitimación activa de la demandante, dado que la actora acompañó como MAS DOCUMENTAL la escritura pública de constitución de Fondo de titulación de activos, de fecha 15 de abril de 2015. No habiendo sido impugnado el referido documento, partimos del hecho, indiscutido y acreditado mediante la referida documental , de que el crédito hipotecario que es objeto del procedimiento ha sido “ titulado”.

Examinado dicho documento resulta que no ha habido venta o cesión, como dice el documento, sino que **la mercantil Anticipa Real Estate S.L.U es la encargada de la administración y gestión de los derechos de crédito titularidad de la actora que le fue encargada por ésta y por el fondo titular de las participaciones hipotecarias emitidas en la titulización.**

La titulización de activos es la creación de un patrimonio separado, administrado por una sociedad gestora. Es una técnica financiera que consiste en la transferencia de activos financieros que proporcionan derechos de crédito a un inversor, transformando esos derechos en títulos financieros emitidos en los mercados de capital. Se reagrupan en una misma cartera derechos de crédito de naturaleza similar (p.ej. préstamos inmobiliarios) y se ceden a una estructura que financia la compra y coloca los títulos entre los inversores, representando una fracción del total de la cartera; generando el derecho de los inversores a recibir pagos por esos derechos. Se trata de patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica.

Cuando una entidad que desea financiación (cedente) vende o cede determinados activos al fondo de titulización, y éste emite valores respaldados por dichos activos que son colocados entre los inversores y cuando los activos cedidos son préstamos hipotecarios, el fondo que los adquiere es un fondo de titulización hipotecaria, de esta forma la titulización permite transformar un conjunto de activos financieros poco líquidos en una serie de instrumentos negociables, líquidos y con unos flujos de pagos determinados. En la operación intervienen el originador, o entidad cedente, el fondo de titulización y la sociedad gestora, en este caso Gesticaixa y además un Servicer que es el administrador y gestor del fondo.

La función, derechos y obligaciones de este Servicer vendrán referidos en el contrato suscrito entre las tres partes, entidad cedente, fondo y sociedad gestora.

La entidad cedente cede y tituliza la totalidad de los derechos de crédito que ostenta y conservando la titularidad formal del crédito. Esto puede obedecer a diversas causas entre las que seguramente se encuentre el tratar de eludir que el fondo asuma titularidades que puedan conllevar obligaciones o responsabilidades, más allá de lo que realmente le interesa, que son los derechos, en este caso de crédito con garantía hipotecaria.

Este “ceder y no dar” aun siendo atractivo para los interesados, tiene mal encaje jurídico, pues la figura de la cesión, regulada en nuestro Código Civil en su artículo 1528, ha sido desarrollada por la jurisprudencia en el sentido de que la cesión de un crédito conlleva todo lo que le es inherente o accesorio.

Consecuencia directa del principio general que establece que la transmisión de un derecho comprende la de todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, consagrado por el artículo 1097 del Código Civil, es evidente que la transmisión debe comprender no sólo el crédito, sino también la de todos los derechos, garantías, acciones y, en general, medios con que cuente el acreedor para hacer valer o defender su derecho. Por ello, la enumeración del artículo 1528 debe reputarse meramente ejemplificativa, admitiendo, por lo demás, no sólo su ampliación a otros supuestos no contemplados, sino también su propia exclusión, porque no es una norma imperativa o de obligado cumplimiento. En definitiva, debe reputarse válido el pacto por el que cedente y cesionario excluyan la transmisión de los derechos accesorios al crédito y, entonces, el cesionario no podrá, por ejemplo, ejecutar la hipoteca. Es decir, salvo pacto expreso en contrario, la cesión del crédito conlleva la de todos sus accesorios y

solo cuando se excluya expresamente entre las partes de la cesión algún aspecto accesorio al crédito, podrá entenderse conservado el mismo en el cedente.

En este caso, examinada la escritura de titulización, se advierte que la entidad cedente cede los derechos de crédito al Fondo de titulización creado por la propia sociedad gestora Gesticaixa, la cual en el apartado f) del apartado XII de su parte dispositiva, refiere la firma del contrato de administración entre el Fondo, representado por la Sociedad Gestora y Anticipa, en relación con la administración y gestión de los derechos de crédito.

-En el punto 5 de la escritura pública de constitución del fondo, denominado “Transmisión de los activos al fondo”, se refiere en su punto primero que entre las partes se acuerda la transmisión al Fondo a título de compraventa, en pleno dominio e incondicional, de los derechos de crédito en concepto de libres de cargas y gravámenes y en el estado en que se encuentren en la fecha de cierre de la escritura.

En el apartado 5.2 siguiente, se refiere que los derechos de crédito se transmiten en su conjunto, con cuanto les sea inherente o accesorio.

En el mismo apartado se refiere que el Fondo adquiere los derechos de cobro - entre otros- de cualesquiera otros pagos que efectúenlos deudores, tales como pagos derivados de ejecuciones hipotecarias.

Este apartado 5.2 in fine, refiere literalmente: “ *El Fondo, en cuanto titular de los derechos de crédito iniciales y los derechos de crédito adicionales, tendrá todos los derechos reconocidos al cesionario en el artículo 1528 del Código Civil*” (sic).

Es decir, en el caso, en la escritura de constitución del Fondo, las partes no solo no excluyen ningún derecho accesorio de la transmisión, como el ejercicio de la acción judicial para la reclamación de dichos derechos de crédito, sino que pactan todo lo contrario, esto es, que la transmisión lo es conforme al artículo 1528 CC.

Es cierto que de forma contradictoria a lo anterior, la escritura refiere en su apartado 8.1.1 que la administración y gestión de los derechos de crédito que son objeto de cesión se mantendrá por el actor en su propio nombre y por cuenta del fondo en los términos establecidos en el artículo 26 del RD 716/2209 que luego veremos, pero enfrentadas ambas manifestaciones resulta meridianamente más clara y rotunda la primera de ellas antes referida.

De lo anterior resulta que el legitimado para ejercitar las acciones judiciales en reclamación de los derechos de crédito es el titular de dichos derechos, esto es, el Fondo.

Lo referido lo es en aplicación del Código Civil por remisión expresa de las partes al mismo, sin embargo la normativa que regula este tipo de instrumento financiero no hace sino introducir confusión al respecto de la legitimación, como veremos:

En nuestro ordenamiento, las normas generales que desarrollan y regulan el mercado hipotecario son la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario y 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 que derogó el Real Decreto 685/1992, de 17 de marzo. La regulación de la titulización vino de mano de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de

Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria que reguló la titulización de aquellos préstamos hipotecarios que reuniesen las características establecidas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario.

La Ley 5/2015, de 27 de abril, hace desaparecer la distinción entre los fondos de titulización hipotecaria y fondos de titulización de activos para regular una única categoría de fondos de titulización que podrán integrar en su activo, entre otros, tanto participaciones hipotecarias como certificados de transmisión hipotecaria. Esta nueva disposición no derogó ni modificó la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario, ni tampoco las disposiciones de Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, de desarrollo.

En consonancia con las obligaciones que ostenta, la legislación reconoce a la entidad de crédito originadora, legitimación para interponer la acción ejecutiva contra el deudor en caso de impago del crédito titulado.

Así resulta del artículo 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, que dice que *«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 esa 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 el 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, cuanto este fuera inferior. El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución»*.

El artículo 30 del Reglamento de desarrollo de la Ley 2/1981 dispone 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.

Conforme al art.26.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril si bien la participación confiere a su titular los derechos que se establecen en la ley y los que se expresen en aquélla, el emisor conserva 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 de éste, 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.

De la antedicha normativa parece inferirse que la legitimación procesal ordinaria para la ejecución hipotecaria corresponde al banco emisor de las participaciones hipotecarias, salvo que concurren las circunstancias que determinan la legitimación subsidiaria por subrogación del titular de la participación hipotecaria por la cuantía de su respectiva participación, sin perjuicio de la facultad conferida al cesionario de concurrir al procedimiento de ejecución que el Banco inicie frente al deudor cobrando a prorrata de su respectiva participación. En este sentido, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 19.ª, de 3 de febrero de 2016, n.º de Recurso: 880/2015, n.º de Resolución: 29/2016, mencionando a su vez el Auto de la AP de Tarragona, Sección 1.ª, de 17 Sep. 2015, señala que en las operaciones consistentes en una titulación hipotecaria de acuerdo con la Ley 2/1981 de 25 marzo, de regulación del Mercado Hipotecario no hay venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de

titulización para colocar esos activos en el mercado hipotecario y obtener financiación, con el beneficio añadido para la entidad financiera, en alguna de las modalidades, de sacarlos de balance.

En esta línea y respecto a la legitimación activa para reclamar judicialmente el pago de dicho crédito, el 15 de julio de 2016, de unificación de criterios de la Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona acerca de la cuestión relativa a la "legitimación activa en procesos hipotecarios en relación a participaciones hipotecarias aportadas a fondos de titulización ", concluía que correspondía dicha legitimación " al acreedor hipotecario que figura en el Registro de la Propiedad, por más que el fondo titular de la participación hipotecaria que incluye el crédito objeto de reclamación puede "compeler" al emisor de la participación, en caso de impago del deudor, el ejercicio de la correspondiente acción ejecutiva. En caso de pasividad del emisor el partícipe puede instar la acción o su continuación por subrogación, previa acreditación de su titularidad a los efectos del artículo 540 LEC ".

Por su parte el artículo 1528 CC establece la que cesión del crédito conlleva la de todos los accesorios que le son inherentes, y que salvo pacto en contrario entre las partes incluyen la legitimación como titular de dichos derechos de crédito, de ejercitar las acciones judiciales que de los mismos se deriven.

En este caso, el negocio jurídico llevado a cabo entre las partes es, según reza en el propio documento público, transmisión, mediante compraventa de la totalidad de los derechos de crédito del titular cedente al cesionario. Expresamente pactan las partes que dicha transmisión lo es con todo lo que le resulte inherente conforme al artículo 1528 CC.

La normativa de aplicación, reglamento, real decreto y ley ordinario, parecen permitir, --no se entiende que sea de contenido imperativo, mantener la legitimación en la entidad cedente, pero la Sentencia de la AP Castellón 252/2017, Fecha de 19/10/2017, ha venido a aclarar la cuestión. De una parte, se hace eco de que la legitimación que de forma residual - extraordinaria, refiere- que el Reglamento aprobado por Real Decreto 716/2009, de 24 de abril que desarrolla la Ley 2/81 de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, atribuye a la entidad prestamista o cedente, es una norma de rango inferior a la Ley y por tanto no puede abrogarla y debe decaer 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).

En segundo lugar e incidiendo **en la legitimación de la sociedad gestora del Fondo**, refiere que, El Capítulo II del Título III de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, regula las sociedades gestoras de fondos de titulización con arreglo al art. 25.1 tienen por objeto la " constitución, administración y representación legal de los fondos de titulización 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), siendo por tanto las legitimadas, como representante del fondo, para instar la acción judicial.

Se transcribe a continuación por su interés el Fundamento de derecho Tercero que en su apartado 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, 149 LH) 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 titulación 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 la titulación 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 (arts 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 24 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 de marzo) dio 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 Titulación. En la redacción a que dio 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, de titulación hipotecaria, o de titulación 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 13ª).

La Ley reforma el régimen legal de las titulizaciones, 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 R.D. 926/1998 por el que se regulaban los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación (Disp. Derogatoria).

El art. 15.1 define los fondos de titulación como patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica.

Abundando en la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, ya expedita 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 de titulación. Igualmente se podrán inscribir la propiedad y otros derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los fondos de titulación en los registros que correspondan".

El Capítulo II del Título III regula las sociedades gestoras de fondos de titulación que, con arreglo al art. 25.1 tienen por objeto la "constitución, administración y representación legal de los fondos de titulación 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 el 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 la titulación 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 de titulación, 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 Titulación, 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 de legitimación 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 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 R D 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 núm. 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 legitimación 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. 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 titulización.

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 titulización 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 titulización, 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 del 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” (F.Jco. 3º).

“Aunque los anteriores razonamientos dan lugar a la desestimación del recurso, la existencia de dudas jurídicas serias derivadas de la normativa existente y de la existencia entre los tribunales de apelación de un criterio mayoritario distinto al que aquí se mantiene justifica que no hagamos expresa imposición de las costas de la apelación (art. 398 en relación con el art. 394.1 LEC).”

Teniendo en cuenta la anterior doctrina, esta juzgadora entiende que la cesión operada entre las partes mediante compraventa de los derechos de crédito lo ha sido íntegramente junto con todos los derechos accesorios que lo transmitido tuviere por pacto expreso entre las partes y en consecuencia no se advierte legitimación activa residual alguna en la actora, ya no ostenta derecho económico alguno sobre dichos créditos y su titularidad formal, en caso de que así se le pudiese otorgar, está vacía de cualquier contenido y en consecuencia de legitimación.

C) A mayor abundamiento y siguiendo con la falta de legitimación activa de la promotora, lo pactado entre las partes en la escritura de titulización aportada por la actora, sigue ofreciendo perfiles que niegan esta legitimación a la actora, veamos:

Nos encontramos con que el actor convino con el fondo titular de las participaciones hipotecarias, la subcontratación con un tercero -Anticipa Real Estate SLU- la gestión y administración de la cartera de créditos objeto de titulización.

En su cláusula 8.1.1 el acreedor hipotecario suscribe con el “Servicer” y con el fondo, el contrato de administración hipotecario, en virtud del cual se acuerda subcontratar con el Servicer determinados servicios relativos a la administración, gestión y recobro de la cartera de créditos, y se confiere a favor del “Servicer” (y se obliga a mantener en todo momento vigentes) los poderes necesarios para el desarrollo y ejecución de los servicios contratados para que pueda “en nombre de CX y por cuenta del Fondo”, ejercitar las acciones y facultades como administrador. En particular y sin carácter limitativo, CX apodera al Servicer *para que en nombre de CX, inicie el correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria en caso de impago de cualquiera de los derechos de crédito*” (sic pág CX7751439); es decir, claramente la administración y gestión delegada en el “Servicer” contempla la reclamación judicial y extrajudicial de la deuda.

No habría ningún problema de tratarse de apoderamiento voluntario y simple entre dos partes en los que la poderdante no pierde, en todo caso, su legitimación al margen de los poderes conferidos a tercero. En este caso, se trata de un contrato entre tres partes, el acreedor hipotecario, el Fondo y Servicer) en el que las partes acuerdan quien será la parte legitimada para reclamar judicialmente la deuda, entre otras muchas facultades de gestión y administración.

Adviértase que se trata de una subcontratación al Servicer, es decir, un negocio jurídico complejo de administración y gestión que va mucho más allá del mero apoderamiento específico en el que se sustenta, incluso se habla en el reverso de la página citada de “delegación” en el Servicer de dicha función.

El apartado 8.1.3 se refiere la relación con el Servicer de “ subcontratación” e indica que el Fondo delega en el Servicer dicha administración y gestión y en el apartado f) de la cláusula 8.1.4 se refiere como una de las funciones del Servicer, realizar las gestiones de cobro en todo momento respecto de la cartera de créditos en nombre de CX o en nombre del Fondo, según corresponda. Estamos ante una subcontratación y delegación en el “Servicer” en este caso Anticipa Real Estate SLU, para, entre otras cosas, reclamar judicialmente la deuda.

El contrato en virtud del que se acuerda la subcontratación y delegación en el Servicer dicha facultad es el de Administración y Gestión hipotecario (Apartado e) del expositivo XII del documento de titulización) y dicho contrato es suscrito , por un lado por el Fondo como titular de las participaciones hipotecarias y por el acreedor hipotecario, en su momento Catalunya Banc SA, hoy BBVA y por otro lado por el “Servicer” Anticipa Real Estate SLU.

No parece regular que, al margen y en contra de lo pactado en dicho contrato, sin intervención de una de las partes firmantes del mismo, concretamente del Fondo , pueda alterarse lo convenido, subcontratado y delegado en el Servicer y ser asumido por el acreedor hipotecario directamente, en este caso el actor y en definitiva ser éste el que asuma la función específicamente subcontratada y delegada por todas las partes en un tercero, en este caso Anticipa Real Estate SLU.

Todo lo anterior conlleva que debamos concluir que concurre una falta de legitimación activa en la actora, sin necesidad por tanto de entrar a analizar los aspectos sustantivos controvertidos en el proceso.

CUARTO.- Costas.

No procede hacer especial imposición de costas, ante las dudas de derecho, que conlleva la dispar normativa referida que regula la cuestión. (art. 394.1 LEC).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Que concurre **falta de legitimación activa de la entidad demandante** y en consecuencia, sin entrar en el fondo de la misma **debo desestimar y desestimo la demanda** interpuesta por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a XXXX XXXX XXXX, contra JXXXX XXXX XXXX Y XXXX XXXX XXXX.

Sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y hágaseles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona que, en su caso, se habrá de interponer por escrito con firma de abogado y dentro del plazo de VEINTE días contados desde el día siguiente a su notificación, tramitándose de conformidad con lo dispuesto en los artículos 455 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil.

Líbrese testimonio de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.

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

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada-Juez que la dictó, habiéndose celebrando en Audiencia Pública en el día de su pronunciamiento, de lo que yo Letrado de la Administración de justicia, doy fe.

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a la que remite el art. 236 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en el real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, hago saber a las partes que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina judicial, donde se conservarán con carácter confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada y bajo la salvaguarda y la responsabilidad de la misma y en donde serán tratados con la máxima diligencia.