



Roj: **STS 1718/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1718**

Id Cendoj: **28079110012022100347**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2022**

Nº de Recurso: **4866/2018**

Nº de Resolución: **359/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Valencia, Sección 6ª, 23-07-2018 (rec. 279/2018),
STS 1718/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 359/2022

Fecha de sentencia: 04/05/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4866/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 21/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4866/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 359/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile





En Madrid, a 4 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia de 388/2018 de 23 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1285/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, sobre vencimiento anticipado y resolución de contrato de préstamo hipotecario por impago de cuotas.

Es parte recurrente D. Jose Francisco , representado por el procurador D. Fernando Esteban Cid y bajo la dirección letrada de D.ª María Teresa Pérez Prida.

Es parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Santiago Brull Montoliu.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D.ª Elena Gil Bayo, en nombre y representación de Caixabank S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Adolfinia y D. Jose Francisco , en la que solicitaba se dictara sentencia:

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

" 1. Con carácter principal:

" 1) Declare el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario y fianza convenido por las partes mediante escritura autorizada por el Notario de Valencia. D. Mariano Arias Llamas, en fecha 13/11/2004, bajo el número 2.585 de su protocolo.

" 2) Condene, de forma solidaria, al prestatario y al fiador al pago de la totalidad de las cantidades debidas a mi mandante por principal así como por intereses ordinarios y moratorios devengados hasta la fecha de interposición de la demanda, que ascienden a la cantidad de doscientos ochenta y siete mil cuatrocientos treinta y siete euros y cuarenta céntimos de euro (287.437,40 €); así como de los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial, al tipo ordinario pactado y hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a mi mandante.

" 3) Ordene, a los efectos de realización del derecho de hipoteca referido en este escrito, la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, identificado en los hechos de esta demanda, lo que se verificará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las reglas que resultan del Capítulo IV del Título IV, Libro III de la LEC (Artículos 681 y ss):

" a. El producto de la venta del inmueble será destinado al pago del crédito garantizado de mi mandante en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en la sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a los intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria.

" b. A los efectos de la subasta, servirá de tipo o avalúo del inmueble el tipo pactado por las partes en la escritura de hipoteca.

" Todo ello sin perjuicio de cuantas otras posibles medidas ejecutivas pudieren solicitarse y acordarse en ejecución de la sentencia, contra el mismo prestatario y el fiador, hasta el íntegro pago del crédito.

" 4) Condene al prestatario y al fiador al pago de las costas procesales.

" II. Con carácter subsidiario, para el caso de que desestime la pretensión de declaración del vencimiento anticipado:

" 1) Condene, de forma solidaria, al prestatario y al fiador, al pago de la cantidad que, por cuotas de principal, intereses ordinarios y moratorios del préstamo haya vencido en el momento de interposición de la demanda, que asciende a la cantidad de treinta mil novecientos cuarenta euros y veinticinco céntimos de euro (30.940,25 €), así como a las cuotas que por principal, intereses ordinarios que se devenguen al tipo pactado que aplique en cada momento, que vayan devengándose desde la interpelación judicial, hasta el dictado de la sentencia y en su caso, hasta el íntegro pago del préstamo.





" 2) Ordene, a los efectos de realización del derecho de hipoteca referido en este escrito, la realización forzosa del inmueble finca NUM000 RP 14 Valencia hipotecado, lo que se verificará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las reglas que resultan del Capítulo IV del Título IV, Libro III de la LEC (Artículos 681 y ss):

" a. El producto de la venta del inmueble será destinado al pago del crédito garantizado de mi mandante en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en esta sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a las cuotas que, por principal, intereses ordinarios y moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria.

" b. Servirá de avalúo del inmueble será el tipo pactado por las partes en la escritura de hipoteca, descontando del mismo no solo las cargas anteriores, sino la carga hipotecaria que se ejecuta parcialmente en la parte que quede por satisfacer.

" c. El inmueble será transmitido con la carga hipotecaria que quede por satisfacer, al modo previsto en el artículo 693.1 LEC.

" Todo ello sin perjuicio de cuantas otras posibles medidas ejecutivas pudieren solicitarse y acordarse en ejecución de la Sentencia, contra el mismo prestatario y el fiador, hasta el integro pago del crédito.

" 3) Condene al prestatario y al fiador al pago de las costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 2 de septiembre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, fue registrada con el núm. 1285/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Gonzalo Herrero de Lara, en representación de D. Jose Francisco , contestó a la demanda, solicitando:

"[...] declare de oficio el carácter abusivo y, en consecuencia, la nulidad de las cláusulas expuestas en el cuerpo del presente escrito y el sobreseimiento del procedimiento ordinario nº 001285/2016. Todo ello con expresa condena en costas a la parte ejecutante".

La procuradora D.^a María José Espí López, en representación de D.^a Adolfinia , contestó a la demanda, solicitando:

"[...] se dicte sentencia acordando la desestimación íntegra de la demanda, absolviendo a mis mandantes de los pedimentos contenidos en la misma por falta de legitimación activa de Caixabank, subsidiariamente por inadecuación del procedimiento, subsidiariamente por incumplimiento del R.D. 6/2012 y subsidiariamente por estar basada la demanda en cláusulas abusivas y no proceder la pérdida de beneficio del plazo en base a normas imperativas, desestimando también la petición subsidiaria de Caixabank porque la cantidad correspondiente a cuotas tampoco procedería por estar basada en su determinación en cláusulas abusivas, todo ello con expresa imposición de las costas a la actora".

Asimismo, formuló reconvencción contra Caixabank S.A., solicitando:

"[...] se dicte sentencia por la que previa declaración de abusividad de las cláusulas indicadas en el hecho de la reconvencción, se declaren nulas todas ellas y se condene a dicha entidad a que practique nueva liquidación por la que se restituya a mis representados las cantidades pagadas de más por aplicación de las mismas, en concepto de comisión de amortización, de la tasación pericial, de Notaría, del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, más los de Registro de la Propiedad y Honorarios de Gestoría, más intereses pagados de más, así como lo pagado de más por concepto de intereses de demora y por comisión de reclamación de cuotas impagadas, con sus intereses. El importe concreto deberá determinarse en ejecución de sentencia. Asimismo, que se declare abusiva y nula la cláusula de vencimiento anticipado. Todo ello con imposición de las costas a la demandada reconvenccional".

La procuradora D.^a Elena Gil Bayo, en nombre y representación de Caixabank S.A contestó a la demanda reconvenccional, solicitando su desestimación condenando a la parte reconviniente a las costas procesales causadas.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, dictó sentencia 41/2018, de 13 de febrero, cuyo fallo dispone.

"Que estimando la falta de legitimación activa de la entidad actora Caixabank, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.^a Elena Gi Bayo en nombre y representación de Caixabank S.A., contra D.^a Adolfinia y D. Jose Francisco , y desestimo la demanda reconvenccional interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.^a María José Espí López, actuando en nombre y representación de D.^a Adolfinia frente a Caixabank, S.A.



" Condono a la parte actora al pago de las costas derivadas de su demanda y a la codemandada citada, a las costas derivadas de su reconvencción".

Con fecha 7 de marzo de 2018 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Se aclara la Sentencia nº 41/2018, de fecha 13 de febrero de 2018 en el sentido siguiente: procede dejar sin efecto el último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo (Es precisamente esta conclusión la que impide entrar a resolver sobre la reconvencción planteada por la codemandada D^a. Adolfinia), así como el Fundamento de Derecho Tercero, en lo relativo a la imposición de costas de la codemandada por la reconvencción (siendo a costa de la parte demandada, las derivadas de la reconvencción).

" La redacción correcta del Fallo es la siguiente: "Que estimando la falta de legitimación activa de la entidad actora Caixabank, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta la Procuradora de los Tribunales D^a. Elena Gil Bayo en nombre y representación de Caixabank SA., contra D^a Adolfinia y D. Jose Francisco .

" Condono a la parte actora al pago de las costas derivadas de su demanda".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caixabank S.A. La representación de D.^a Adolfinia y la de D. Jose Francisco se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 279/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 388/2018 de 23 de julio, cuyo fallo dispone:

"1. Estimamos el recurso interpuesto por Caixabank S.A.

" 2. Revocamos la resolución apelada y en su lugar:

" a) Estimamos la demanda interpuesta por Caixabank S.A. contra D^{ña}. Adolfinia y D. Jose Francisco .

" b) Estimamos en parte la reconvencción formulada por D^{ña}. Adolfinia contra Caixabank S.A.

" c) Condenamos solidariamente a los demandados a pagar a la actora la cantidad de 287.437,40 euros más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de la demanda hasta su completo pago.

" d) Declaramos la nulidad de las cláusulas, de intereses moratorios, de reclamación de cada cuota impagada, de los gastos de tasación y de la cláusula quinta de gastos, si bien deberá aplicarse el reparto tal como señala la STS de 15 de marzo de 2.018.

" e) No procede hacer expresa condena en costas en la demanda y en la reconvencción.

" 3. No hacemos expresa condena en costas en este recurso.

" Con devolución del depósito constituido para recurrir".

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

1.- El procurador D. Gonzalo Herrero de Lara, en representación de D. Jose Francisco , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero: De conformidad con el ordinal tercero del apartado 1 del artículo 469 de la LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determina la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, por vulneración del artículo nº 10, párrafo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 225-3º LEC".

"Segundo: De conformidad con el ordinal tercero del apartado 1 del artículo 469 de la LEC. Por vulneración del artículo nº 416.1-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 225-3º LEC".

"Tercero: De conformidad con el artículo 469.1-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración del artículo nº 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero: impugnación de la resolución dictada en proceso de cuantía inferior a 600.000 euros, pero con interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

" De conformidad con el artículo 477.2-3º, y 3 de la LEC, se considera infringido el artículo 1528 Código Civil, en relación con el artículo 10 de la LEC y 15 de la Ley 2/1981 de la Ley Reguladora del Mercado Hipotecario".



"Segundo: impugnación de la resolución dictada en proceso de cuantía inferior a 600.000 euros, pero con interés casacional por existir cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

" De conformidad con el artículo 477.2-3º y 3 de la LEC se considera indebidamente aplicado el artículo 1124 del Código Civil, en relación también con el artículo 4 bis LOPJ, Artículos 6,1 y 7,1 de la Directiva 93/13/CEE y reiterada jurisprudencia del TJUE, en relación a los efectos de la declaración de abusividad de las cláusulas, en particular la de vencimiento anticipado y la consecuencia de dicha declaración".

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 auto de fecha 13 de octubre de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Caixabank S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de abril de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- El 13 de noviembre de 2004 D.^a Adolfinia , en calidad de prestataria, y D. Jose Francisco , como fiador solidario, suscribieron un contrato de préstamo hipotecario con Banco de Valencia S.A., actualmente Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank), por un importe de 415.600 euros, destinado a la compra y reforma de un apartamento, que debería amortizarse en 25 años mediante el pago de 301 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses, con un año de carencia en la amortización de capital. En el contrato se establecía una cláusula de vencimiento anticipado por la falta de pago de cualquiera de las cuotas del préstamo, entre otras causas.

2.- El banco titulizó dicho crédito hipotecario el 7 de diciembre de 2015 mediante la emisión de participaciones hipotecarias. Europea de Titulización S.A. Sociedad Gestora de Fondos de Titulización constituyó el fondo de titulización hipotecaria Valencia Hipotecario 2 Fondo de Titulización Hipotecaria y suscribió esas participaciones hipotecarias de conformidad con la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del mercado financiero ("Ley 2/1981") y Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, con la Ley 19/1992, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria y demás disposiciones aplicables, según consta en la escritura notarial en la que se documentó dicha operación.

3.- El 2 de septiembre de 2016, Caixabank interpuso una demanda contra D.^a Adolfinia y D. Jose Francisco en la que ejercitaba, con carácter principal, una acción de vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario y fianza convenido por las partes, por la que se solicitaba que se condenara de forma solidaria a la prestataria y al fiador al pago de la totalidad de las cantidades adeudadas por principal, intereses ordinarios y moratorios, como consecuencia del vencimiento anticipado, que ascendían a la cantidad de 287.437,40 euros, y los intereses moratorios que se devengarán desde la interpelación judicial, y se ordenara a los efectos de realización del derecho de hipoteca, la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, lo que se verificaría en ejecución de sentencia; y con carácter subsidiario, para el caso de desestimación de la acción ejercitada con carácter principal, se condenara, de forma solidaria, a la prestataria y al fiador al pago de la cantidad que, por cuotas de principal, intereses ordinarios y moratorios del préstamo hubiera vencido en el momento de interposición de la demanda (30.940,25 €) así como a las cuotas que por principal, intereses ordinarios que vayan devengándose desde la interpelación judicial, hasta el dictado de la sentencia y en su caso, hasta el integro pago del préstamo, y se ordenara a los efectos de realización del derecho de hipoteca referido en este escrito, la realización forzosa del inmueble hipotecado, lo que se verificaría en ejecución de sentencia. La demanda se basaba en que habían resultado impagadas 18 cuotas mensuales del préstamo hipotecario, por lo que en el momento de interposición de la demanda se adeudaban 30.940,25 euros de capital e intereses ordinarios y de demora.

4.- Los demandados, litigando separadamente, se opusieron a la demanda. Alegaron que Caixabank carecía de legitimación activa porque el préstamo hipotecario había sido titulizado y la prestataria formuló reconvencción en la que solicitó la declaración de nulidad de determinadas cláusulas del contrato, por abusivas, y la restitución de las cantidades cobradas al aplicar esas cláusulas. Caixabank se opuso a la reconvencción y solicitó su desestimación.





5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó una sentencia en la que estimó la excepción de falta de legitimación activa de Caixabank, que al ceder el crédito habría cedido la legitimación, por lo que desestimó su demanda y, por las mismas razones, desestimó la reconvencción.

6.- Caixabank apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó la apelación. Revocó la sentencia apelada y estimó la demanda en aplicación del art. 1124 del Código Civil con base en el cual procedía declarar la resolución del contrato de préstamo, por lo que condenó solidariamente a los demandados a pagar a Caixabank 287.437,40 euros más los intereses legales desde la fecha de la demanda hasta su completo pago; asimismo, estimó en parte la reconvencción y declaró "la nulidad de las cláusulas, de intereses moratorios, de reclamación de cada cuota impagada, de los gastos de tasación y de la cláusula quinta de gastos, si bien deberá aplicarse el reparto tal como señala la STS de 15 de marzo de 2.018".

7.- D. Jose Francisco ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación de los motivos primero y segundo*

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, en su encabezamiento, denuncia la infracción del art. 10, párrafo 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 225-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se ha producido al reconocerse legitimación activa a Caixabank pese a haber cedido en su totalidad la relación jurídica con base en la cual reclama en su demanda, pues titulizó el préstamo en participaciones hipotecarias, que transmitió a un fondo de titulización hipotecaria.

3.- En el encabezamiento del segundo motivo se alega la vulneración del artículo nº 416, 1-4.º en relación con el art. 225-3.º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se ha cometido porque en el caso del préstamo titulizado solo está previsto que pueda ser exigido a través de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

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

1.- La cuestión planteada en estos motivos ha sido ya resuelta en nuestra sentencia 708/2021, de 20 de octubre, cuya doctrina reiteramos en esta nueva resolución.

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 Valencia Hipotecario 2 Fondo de Titulización Hipotecaria, 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, que en este caso obliga a Caixabank a ejercitar las acciones correspondientes contra los deudores que incumplan sus obligaciones de pago derivadas de los préstamos hipotecarios con la misma diligencia que la que aplica al resto de los préstamos hipotecarios de su cartera. 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 comercial 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 especializado), 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 comercial *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, Caixabank 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 los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal deban ser desestimados. El precepto legal invocado por la recurrente, art 1528 del Código Civil, no ha resultado infringido 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 tal precepto legal, 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 una cesión ordinaria.

18.- Lo anterior determina también la desestimación del primer motivo del recurso de casación, que versa sobre la misma cuestión y en el que en realidad el recurrente se limita a justificar el interés casacional de la cuestión por la existencia de resoluciones contradictorias de distintas Audiencias Provinciales.

CUARTO.- *Formulación del tercer motivo*

1.- En el encabezamiento del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se alega que la sentencia recurrida ha infringido el art. 218.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida es incongruente con lo pedido en la demanda, ya que se estima una acción de resolución del contrato por incumplimiento cuando lo pedido en la demanda fue la declaración de vencimiento anticipado del préstamo.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: estimación del motivo*

1.- En la demanda origen de este litigio, al igual que sucedió con la que dio lugar a la sentencia de esta sala 39/2021, de 2 de febrero, "aunque en la demanda también se citó el art. 1124 CC, en el suplico, que es donde se determina la pretensión ejercitada, se solicitó "que se declare el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario", de manera coherente con la invocación por la demandante del art. 1129 CC en el cuerpo de la demanda", como decíamos en esta sentencia.

2.- La cita del art. 1124 del Código Civil en la fundamentación de la demanda no sirvió para sustentar una petición de resolución contractual, porque lo solicitado fue el vencimiento anticipado de la obligación.

3.- Por tal razón, la sentencia incurrió en el vicio de incongruencia al acoger una pretensión de resolución contractual que no había sido formulada en la demanda.

4.- La consecuencia de lo anterior es que procede anular la sentencia de la Audiencia Provincial, asumir la instancia y dictar nueva sentencia, conforme a lo previsto en la disposición final décimo sexta, apartado primero, regla séptima.

SEXTO.- *Asunción de la instancia. Nueva sentencia*

1.- Al haber anulado la sentencia de la Audiencia Provincial por haber incurrido en incongruencia, debemos asumir la instancia y, una vez confirmada la estimación del recurso de apelación en cuanto a la legitimación activa de Caixabank, resolver la pretensión formulada por Caixabank en su demanda, una vez desechado que pueda declararse resuelto el contrato de préstamo por aplicación del art. 1124 del Código Civil.

2.- En el presente litigio, la demanda estaba redactada en términos muy similares a la que dio origen al litigio en el que se dictó la citada sentencia de pleno 39/2021, de 2 de febrero, en el que también era demandante Caixabank. Se decía en la demanda origen del presente litigio que la prestataria había dejado de satisfacer sus obligaciones de pago de 18 cuotas mensuales, por lo que Caixabank declaró vencido el préstamo y requirió





de pago, notificándoles el saldo adeudado sin que la prestataria ni el fiador pagaran la cantidad adeudada; también manifestó su predisposición a admitir una regularización de la deuda que incluyera las cuotas de capital e intereses devengados hasta el momento del pago en tanto no existiera sentencia condenatoria. Al igual que en aquel litigio, en este la demandante ha fundado la reclamación del capital prestado y el pago de los intereses pactados en el incumplimiento esencial de los prestatarios y en la pérdida de solvencia. Advirtió que el vencimiento anticipado estaba previsto en la cláusula 6.bis.2.ª.III del contrato pero que, en cualquier caso, la posibilidad de reclamar la totalidad del importe adeudado, esto es, el vencimiento anticipado, está implícita en todos los contratos para los supuestos de incumplimiento esencial, añadió que, igualmente, el art. 1129 del Código Civil justifica el vencimiento anticipado del contrato en aquellos supuestos en los que concurre un riesgo fundado de incumplimiento por el deudor y que, en el caso, el incumplimiento de 18 cuotas era la materialización de ese riesgo, lo que justificaba la resolución del contrato de préstamo.

3.- En aquella sentencia declaramos que aunque en la demanda también se citó el art. 1124 del Código Civil, en el suplico, que es donde se determina la pretensión ejercitada, se solicitó "que se declare el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario", de manera coherente con la invocación por la demandante del art. 1129 del Código Civil en el cuerpo de la demanda, por lo que es esta la acción a que se debe dar respuesta, tanto en aquel como en el presente litigio.

4.- Sentada la sustancial identidad entre las pretensiones formuladas en uno y otro litigio, la solución que demos en este a la pretensión formulada en la demanda no puede diferir de los criterios sentados en nuestra anterior sentencia de pleno 39/2021, de 2 de febrero. En consecuencia, reiteraremos en lo fundamental los argumentos contenidos en esa sentencia.

5.- Tal como dijimos en nuestra anterior sentencia, no procede analizar la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado prevista en el préstamo hipotecario, pues no estamos ante una pretensión de vencimiento anticipado al amparo de una cláusula contractual, sino ante la solicitud de vencimiento anticipado con fundamento en las causas previstas legalmente.

6.- Los presupuestos de la resolución del art. 1124 del Código Civil y los del vencimiento anticipado del art. 1129 del Código Civil no son idénticos, pero su aplicación conduce a consecuencias prácticas semejantes cuando se trata del incumplimiento por el prestatario de sus obligaciones.

7.- En las obligaciones recíprocas, el art. 1124 del Código Civil permite al perjudicado optar entre el cumplimiento y la resolución del contrato. También puede pedir la resolución aun después de haber reclamado el cumplimiento cuando este no resulte posible.

8.- La sentencia del pleno 432/2018, de 11 julio, sentó como doctrina que es posible resolver el contrato de préstamo cuando el prestatario incumple de manera grave o esencial las obligaciones asumidas que sean relevantes para las partes, como la de devolver el capital en ciertas cuotas o abonar los intereses remuneratorios pactados.

9.- A falta de una norma que concrete cuándo es resolutorio el incumplimiento del deudor por impago de las cuotas del préstamo, la valoración de la gravedad del incumplimiento que exige la aplicación del art. 1124 del Código Civil debe tener en cuenta tanto su carácter prolongado en el tiempo como la falta de reparación de la situación por parte del deudor, pues se trata de que el incumplimiento de las contraprestaciones que le incumben (devolución en ciertos plazos, pago de los intereses) justifique que el acreedor quiera poner fin al contrato para recuperar todo el capital prestado sin esperar al término pactado.

10.- A estos efectos, aun cuando el art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en lo sucesivo, LCCI), no es de aplicación a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido antes de la entrada en vigor de tal ley, para valorar la gravedad de un incumplimiento resolutorio resultan ilustrativos y pueden servir como pauta orientativa los criterios fijados por el legislador en el mencionado precepto para permitir al prestamista reclamar el reembolso total adeudado del préstamo. Conforme al art. 24 LCCI:

"Los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

" a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

" b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:





" i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

" ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

" c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo".

11.- En el caso de la citada sentencia 432/2018, aunque únicamente se había ejercitado la acción resolutoria, consideramos que, cuando se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 del Código Civil, el acreedor está facultado para exigir el cumplimiento íntegro de la obligación. El vencimiento anticipado no se produce de manera automática, pero basta con una comunicación extrajudicial del acreedor, que podrá después exigir judicialmente el pago del capital pendiente y las cuotas vencidas e impagadas si el deudor no cumple voluntariamente lo solicitado.

12.- Entre los supuestos que permiten al acreedor anticipar el vencimiento de la obligación se encuentra la insolvencia sobrevenida del deudor (art. 1129.1.º del Código Civil). El precepto no exige que medie una previa declaración formal de insolvencia (sentencia 698/1994, de 13 de julio), es suficiente la constatación de la falta de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles (cfr. art. 2.3.º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal).

13.- Sobrevenida la pérdida de solvencia patrimonial del deudor después del nacimiento de la obligación garantizada por hipoteca, para evitar el vencimiento anticipado sería preciso que el deudor ofreciera una nueva garantía frente al incumplimiento ya producido, sin que en otro caso resulte exigible al acreedor que espere al término final de la operación para hacer efectivo su crédito. En efecto, el art. 1129 del Código Civil alude a las obligaciones sometidas a un término para el cumplimiento y debe entenderse que es aplicable cuando se han establecido plazos consecutivos para el pago y se produce un incumplimiento de entidad suficiente para revelar la falta de seguridad del pago del crédito. Todos los supuestos que se establecen expresamente en el art. 1129 del Código Civil (insolvencia sobrevenida, no otorgamiento de las garantías comprometidas, disminución o desaparición de las garantías) se fundan en el riesgo que suponen para que el acreedor pueda ver satisfecho su derecho de crédito, riesgo que ya se ha materializado cuando el deudor ha incumplido el pago consecutivo de varias cuotas del préstamo y no procede a reparar la situación.

14.- Al amparo del art. 1129 del Código Civil, el acreedor está facultado para declarar el vencimiento anticipado cuando se produce un incumplimiento en el pago de las cuotas vencidas de entidad suficiente como para revelar la falta de seguridad del pago del crédito, tal y como sucede en el presente caso. Como ha quedado expuesto, el incumplimiento de los deudores es superior al que ha fijado el legislador en el art. 24 LCCI para que sea admisible el vencimiento anticipado. Si bien, por lo dicho, este precepto no es aplicable por razones temporales, no hay que descartar su valor como parámetro razonable de lo que puede considerarse como incumplimiento esencial y suficientemente grave para que el acreedor declare el vencimiento anticipado.

15.- Por lo expuesto, procede la estimación en parte del recurso de apelación y con él, la estimación, en los términos que se dirán, de la pretensión principal de la demandante por la que solicitaba la declaración del vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario. En consecuencia, de acuerdo con lo solicitado en la demanda, se declara el vencimiento anticipado de dicha obligación de pago derivada del contrato de préstamo hipotecario con fianza, se condena a los demandados a pagar a la demandante de forma solidaria la cantidad de 287.437,40 euros, así como los intereses que se devenguen desde la interpelación judicial, al tipo del interés ordinario previsto en el contrato.

16.- A estas cantidades se compensarán las cantidades que la entidad demandante deba restituir a la prestataria como consecuencia de la declaración de nulidad, por abusivas, "de las cláusulas de intereses moratorios, de reclamación de cada cuota impagada, de los gastos de tasación y de la cláusula quinta de gastos", tal como acordó la sentencia de la Audiencia Provincial al estimar en parte la reconvencción, que procede acoger por ajustarse a la jurisprudencia de esta sala. Respecto de la distribución de estos gastos, procede seguir lo acordado en la jurisprudencia de esta sala, que ha establecido estos criterios:

(i) Respecto de los gastos de notaría, conforme a la normativa notarial (art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) deben ser abonados por los





interesados, que en el caso del préstamo hipotecario son ambas partes, por lo que deben abonarse por mitad. Criterio que vale tanto para la escritura de otorgamiento como para la de modificación del préstamo hipotecario. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

(ii) En lo que se refiere a los gastos del Registro de la Propiedad, el Arancel de los Registradores de la Propiedad atribuye el gasto a quien a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Como la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, será a éste al que corresponda el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. Mientras que como la inscripción de la escritura de cancelación libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, a él le corresponde este gasto.

(iii) Respecto de los gastos de gestoría, con anterioridad a la Ley 5/2019 no había ninguna norma legal que atribuyera su pago a ninguna de las partes. En consecuencia, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, a partir de la sentencia 555/2020, de 26 de octubre, establecimos que su pago debe atribuirse íntegramente a la entidad prestamista.

(iv) En lo que respecta a los gastos de tasación, la legislación anterior a la Ley 5/2019 tampoco contenía previsión al respecto, por lo que, también en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de Pleno 35/2021, de 27 de enero, estableció que su pago correspondía al prestamista.

(v) El pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados corresponde a la prestataria.

17.- Caixabank, además de la declaración de vencimiento anticipado y la condena al pago, solicitó:

"Ordene, a los efectos de realización del derecho de hipoteca referido en este escrito, la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, identificado en los hechos de esta demanda, lo que se verificará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las reglas que resultan del Capítulo IV del Título IV, Libro III de la LEC (Artículos 681 y ss):

" a. El producto de la venta del inmueble será destinado al pago del crédito garantizado de mi mandante en el importe a cuyo pago venga condenado el Prestatario en la sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a los intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria.

" b. A los efectos de la subasta, servirá de tipo o avalúo del inmueble el tipo pactado por las partes en la escritura de hipoteca

" Todo ello sin perjuicio de cuantas otras posibles medidas ejecutivas pudieren solicitarse y acordarse en ejecución de la Sentencia, contra el mismo Prestatario y el Fiador, hasta el íntegro pago del crédito".

18.- Al igual que dijimos en la citada sentencia de pleno 39/2021, de 2 de febrero, excede del contenido propio de la sentencia declarativa de condena incluir un pronunciamiento sobre el procedimiento que debe seguirse para su ejecución en caso de que el deudor no cumpla voluntariamente aquello a lo que se le ha condenado. Habrá de ser el acreedor quien, mediante la interposición de la correspondiente demanda ejecutiva, inicie un procedimiento en el que se decidan todas las peticiones que sobre la ejecución se susciten.

19.- Aunque Caixabank es acreedora hipotecaria, y la hipoteca subsiste, ha optado por reclamar el cumplimiento del crédito en un procedimiento declarativo y va a obtener una sentencia de condena dineraria que, como tal, podrá ejecutarse conforme a las reglas generales de la ejecución ordinaria, de modo que esta sala, al no ser juez de la ejecución, no puede pronunciarse sobre la subasta de la finca hipotecada.

20.- En consecuencia, no procede acoger el pronunciamiento solicitado sobre la ejecución para el caso de falta de cumplimiento voluntario de esta sentencia por parte de los deudores.

SÉPTIMO.- *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido estimado, ni del recurso de casación, que no ha sido resuelto como consecuencia de la asunción de la instancia derivada de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal. Tampoco procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación, que resulta estimado.

2.- Al igual que acordamos en nuestra anterior sentencia de pleno 39/2021, de 2 de febrero, no procede hacer expresa imposición de las costas de la demanda, que ha sido estimada solo en parte, y procede condenar a la reconvenida al pago de las costas de la reconvenición, al haberse declarado la nulidad de varias cláusulas del contrato y la restitución de lo cobrado indebidamente por dicha entidad en aplicación de tales cláusulas,





en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 34/2021, de 26 de enero, y 48 y 49/2021, de 4 de febrero).

3.- Procede devolver a Caixabank S.A. el depósito constituido para la interposición del recurso de apelación que fue estimado en parte.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Jose Francisco contra la sentencia 388/2018 de 23 de julio, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 279/2018

2.º- Anular la expresada sentencia, y al asumir la instancia, estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia 41/2018, de 13 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, y acordar:

2.º.1.- Estimar en parte la demanda interpuesta por Caixabank S.A. contra D.ª Adolfinia y D. Jose Francisco en el único sentido de declarar el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario con fianza convenido por las partes mediante escritura autorizada el 13 de noviembre de 2004 y condenar a D.ª Adolfinia y D. Jose Francisco a pagar de forma solidaria a la demandante la cantidad de 287.437,40 euros, así como los intereses que se devenguen desde la interpelación judicial, al tipo ordinario pactado. Se desestiman las demás peticiones de la demandante.

2.º.2.- Estimar en parte la reconvenición formulada por D.ª Adolfinia contra Caixabank S.A. y declarar la nulidad de las cláusulas de intereses moratorios, de reclamación de cada cuota impagada, de los gastos de tasación y de la cláusula quinta de gastos, en cuya restitución deberán aplicarse los criterios fijados en el apartado 16 del fundamento sexto de esta sentencia, y que devengarán intereses legales desde la fecha de los respectivos pagos.

2.º.3.- Las cantidades a pagar por los demandados, por el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario con fianza, y por reconvenida, por la restitución derivada de la nulidad de las cláusulas abusivas, serán objeto de compensación.

3.º- No se hace expresa imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, del recurso de casación, del recurso de apelación y de la demanda, y se condena a la reconvenida al pago de las costas de la reconvenición.

4.º- Se acuerda la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación.

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.

