

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Novena
C/ Ferraz, 41 , Planta 1 - 28008
Tfno.: 914933935
37007750
N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0185603
Recurso de Apelación 20/2017 -1



APELANTE:

PROCURADOR
APELADO: UCI ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO
PROCURADOR

AUTO N°

RECURSO DE APELACIÓN N° 20/2017

Ilmos. Sres. Magistrados:

En Madrid, a catorce de septiembre de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, el Incidente dimanante de autos de

, procedentes del

a los que ha correspondido el Rollo de apelación n° 20/2017, en el que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada **UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A.**, representada por la Procuradora

y de otra, como demandados y hoy apelantes -

representados por la
Procuradora] ; sobre desestimación de la oposición a la
ejecución.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR.

I.- HECHOS

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Madrid en fecha veinte de septiembre de dos mil dieciséis, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “**DISPONGO** que debo desestimar y desestimo la oposición a la ejecución hipotecaria presentada por

procediendo la continuación del presente procedimiento.
Se imponen las costas del incidente a la parte ejecutada, promotora del mismo.”

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, y previos los trámites legales oportunos, por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, al que se opuso la contraparte, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

TERCERO.- Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba por la representación procesal de la parte apelante y denegado por Auto de fecha 02/02/2017, no estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo la cual tuvo lugar el día trece de septiembre del año en curso.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No se aceptan los Fundamentos de Derecho del auto apelado.

SEGUNDO.- Unión de Créditos Inmobiliarios, SA, Establecimiento Financiero de Crédito, presentó demanda ejecutiva de título no judicial contra

sobre ejecución del préstamo hipotecario suscrito mediante
reclamando un principal de
intereses ordinarios vencidos y euros de intereses de demora hasta el
. Los ejecutados formularon oposición, que fue desestimada por el
Juzgado de instancia. Este auto ha sido apelado por los ejecutados.

TERCERO.- Alegan los ejecutados falta de legitimación activa de la entidad ejecutante (artículo 559.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ante la eventualidad, no probada cumplidamente, de que hubiera sido titulado el préstamo hipotecario objeto de ejecución. En tal supuesto, entienden aquellos que se habría producido una cesión del préstamo y que la entidad ejecutante no estaría legitimada para reclamar judicialmente su pago.

No puede aceptarse el motivo de oposición.

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, contiene los siguientes preceptos que resultan de aplicación a la cuestión controvertida:

Artículo 26.3

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 [...]

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. [...]

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. [...]*

Luego la entidad emisora, la ejecutante, aunque hubiera titulado el préstamo hipotecario, sí tiene legitimación activa para reclamar el pago del crédito por vía ejecutiva, al margen de que no estamos aquí ante una ejecución hipotecaria, sino ante una ejecución ordinaria de un préstamo hipotecario. Expresamente le otorga este derecho el artículo 30.1 citado, y del artículo 31 solo se desprende la existencia de determinados derechos o facultades del titular de la participación, como sería en nuestro caso “concurrir en igualdad de derechos con el emisor en la ejecución que este siga contra el deudor”, pero no existe propiamente cesión del crédito ni privación a la entidad emisora de su facultad de reclamar el pago del préstamo por vía ejecutiva. Carece de amparo legal la alegación de los ejecutados de que, “en caso de que la hipoteca haya sido titulizada, el Fondo de Titulización sería el que debería ejercitar la acción de ejecución ...”.

Numerosas resoluciones judiciales comparten esta postura, entre las que pueden citarse:

1) el Auto de la A.P. de Gerona, Sección 1ª, de 26 de abril de 2017 (recurso nº 641/2016), que cita la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 3 de febrero de 2016, y esta el auto de la A.P. de Tarragona, sección 1, de 17 de septiembre de 2015. Dice este último sobre *«este tipo de operaciones consistentes en una titulación hipotecaria de acuerdo con la Ley 2/1981 de 3 marzo, del Mercado Hipotecario, y con el Real Decreto 926/1998, de 14 mayo, por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos»*, que: *«...no hay venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de titulación 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 (Art. 1 de la Ley 1/1982 y 20 RD 716/2009). En suma, el acreedor mantiene la titularidad»*.

2) El Auto de la A.P. de Córdoba, Sección 1ª, de 8 de mayo de 2017 (recurso nº 56/2017): *«resulta evidente la legitimación activa del titular del crédito hipotecario (la entidad de crédito), sin perjuicio de los derechos y acciones del fondo de titulación incluso contra la propia entidad titular del préstamo»*.

3) El Auto de la A.P. de Sevilla, Sección 5ª, de 25 de mayo de 2017 (recurso nº 4259/2016). Señala el mismo: *«la titulación hipotecaria no es más que la agrupación de participaciones hipotecarias, mediante la creación de un fondo de las mismas, sin personalidad jurídica, gestionado por una sociedad gestora. Que la entidad bancaria está legitimada para reclamar la deuda, incluso para soportar toda las acciones que pudieran ejercitarse durante la vigencia del contrato, es una cuestión que se puede entender aclarada y dilucidada sobre la base de la normativa vigente. En este sentido, podemos señalar el artículo 15 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, del que se desprende la legitimidad de la entidad que emite las participaciones de esa titulación para dirigirse contra el deudor en caso de incumplimiento. Pero más explícitamente resulta del artículo 26-3º del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril...»*.

Se desestima el motivo.

CUARTO.- Se alega el carácter abusivo de la cláusula segunda, titulada “Amortización del préstamo”, dentro de la cual se contienen diversos apartados. Se prevé en ella la devolución del capital mediante 468 cuotas mensuales, dividiendo el período contractual en tres fracciones temporales; la primera, de 36 cuotas, desde el que por referencia al Anexo I acompañado a la escritura consta que ascendía cada cuota a euros, incluyéndose aquí el pacto de anatocismo conforme al artículo 317 del Código de comercio; una segunda fracción de 12 cuotas, se dice que solo comprenderán intereses, pero se añade que “si la cuota calculada después de cada revisión de tipo fuese inferior a la cuota resultante de la revisión anterior, se aplicará esta última”; el Anexo I no cuantifica estas cuotas, solo dice que se aplican desde el ; la tercera fracción temporal abarca 420 cuotas, previendo que se aplicará el tipo de interés revisado que corresponda “y el capital pendiente a dicha fecha, de manera que el mismo sea totalmente reembolsado durante el resto del plazo pactado”, sin que se establezca en el Anexo I ningún importe, solo que se aplica desde el

Dado que las cuotas a pagar comprenden capital e intereses, afectando por ello al objeto principal del contrato, no cabe un control de abusividad por el contenido (artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores), luego no procede entrar a considerar si ese sistema de amortización es perjudicial para los intereses económicos del prestatario, como se alega. Sí cabe, en cambio, el control de transparencia, al que aluden los ejecutados en su oposición a la ejecución. Cabe aplicar el doble control de transparencia que ha reconocido la jurisprudencia: **control de inclusión o incorporación** y **control de transparencia** en sentido estricto (por todas, STS de 23 de diciembre de 2015, recurso 2658/2013, número 705/2015, y las que en ella se citan):

1- El primero impone que las cláusulas se redacten de manera clara y comprensible, esto es “que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción

comprensible” (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril).

2- El segundo supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación que pueda pasar inadvertida al adherente medio. De ahí que concluya el Tribunal Supremo que *“estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”*.

De la lectura de la cláusula en cuestión sobre el sistema de amortización se desprende que, si bien es gramaticalmente comprensible y utiliza caracteres legibles (incorporación), no puede decirse que informe adecuadamente al prestatario sobre la realidad económica del contrato y la carga económica que supondrán las cuotas a pagar en las fracciones temporales segunda (está indeterminado de forma absoluta el importe a pagar) y tercera, en la que también está completamente indeterminado el importe a pagar y es la más importante temporalmente por abarcar 420 de las 468 cuotas mensuales en que se pacta la devolución del préstamo. En la práctica ha supuesto que, frente a los euros que se pagaban en la primera fracción temporal, las cuotas se han elevado hasta los (como alegan los ejecutados y se comprueba en el cuadro de amortización acompañado a la demanda), siendo esta última cuantía -con las variaciones que procedan por la evolución del tipo de interés- la que ha de aplicarse durante casi toda la vida del contrato, como se dijo (420 de las 468 cuotas del préstamo).

Como señala la citada STS de 23-12-2015 (nº 705/2015), estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación,

que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Tal es el caso de autos, en el que se aprecia en esa cláusula segunda abusividad por falta de transparencia “económica” (segundo nivel de transparencia). El artículo 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que «*Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley*». La abusividad por falta de transparencia que se aprecia determina que proceda estimar la excepción 7ª del artículo 557.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“*Que el título contenga cláusulas abusivas*”).

Conforme al artículo 561.1.3ª de la L.E.Civil, procede decretar la improcedencia de la ejecución, ordenando el levantamiento de los embargos que se hubieren trabado y el archivo de este procedimiento. Ello hace innecesario examinar el resto de alegaciones de los ejecutados.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por

contra el auto

revocando el mismo y acordando en

su lugar:

1º. Desestimar la excepción de falta de legitimación activa de la parte ejecutante.

2º. Estimar la oposición a la ejecución formulada por los ejecutados, apreciando el carácter abusivo por falta de transparencia de la cláusula segunda “Amortización del préstamo” de la escritura de _____, decretando la improcedencia de la ejecución y ordenando el levantamiento de los embargos que se hubieren trabado, así como el archivo de este procedimiento de ejecución.

Así, por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al rollo de su razón, lo acordamos, mandamos y firmamos. Haciendo saber a las partes que contra el mismo NO CABE la interposición de recurso alguno.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.