José Francisco Ruiz Martínez
Abogado - Marbella
Telf./Fax:+34 952 776051
E-Mail: jfrm@ruizabogados.com

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 1 DE MARBELLA.
PROCEDIMIENTO: OPOSICIÓN HIPOTECARIA 59.02/10

AUTO 29/2017

En Marbella, a 8 de febrero de 2017.

Vistos por mi, Miguel del Castillo del Olmo, Magistrado - juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Marbella, los presentes autos de oposición a ejecución hipotecaria 59.02/2016, promovida la oposición por Procurador de los Tribunales sr/ sra. LARA MARTÍN en nombre y representación de LORENA S. R., contra CREDIFIMO, representada por Procurador sr. ROLDÁN PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 11 de enero de 2010, por el Sr. Procurador D. LUIS ROLDAN PEREZ, en nombre y representación de UNION DE CREDITO PARA FINANCIACION MOBILIARIA E INMOBILIARIA CREDIFIMO, se presentó demanda de ejecución hipotecaria contra D. JORGE DAVID D. H., Dª LORENA S. R., D. ENRIQUE S. S. Y Dª MARIA ISABEL R. G. en ejecución del préstamo hipotecario suscrito en fecha de 21 de diciembre de 2004. En fecha de 8 de febrero de 2010 se dictó auto despachando ejecución por magistrado distinto a quien suscribe.

SEGUNDO. Tras sucesivas incidencias procesales tiene entrada escrito de oposición hipotecaria presentado por Dª LORENA S. R., alegando:

---Falta de legitimación activa.
---Nulidad de cláusulas abusivas.
---Pluspetición en cuanto a los intereses moratorios.
—Pluspetición en cuanto a la reclamación de cuotas de seguro de vida e incapacidad.
---Pluspetición al no haberse aplicado correctamente los pagos realizados por la ejecutada durante la vida del préstamo.

TERCERO. Con fecha 15 de noviembre de 2016 se acuerda convocar a comparecencia para el día 24 de enero de 2017, en que efectivamente aquella tiene lugar, alegando las partes en defensa de sus respectivas posiciones, proponiéndose y admitiéndose prueba documental, y quedando a continuación los autos pendientes del dictado de la resolución oportuna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. MOTIVOS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN Y ALEGACIONES AL RESPECTO DE LA EJECUTANTE.

1---FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA.

Pone de manifiesto la ejecutante que, con fecha 13 de diciembre de 2011, se celebró, en el presente procedimiento, subasta, quedando esta desierta por falta de licitadores, por lo que la ejecutante Credifimo, solicitó la adjudicación en calidad de ceder el remate a tercero.

Añade que, con fecha 23 de abril de 2012, comparecieron ante el Letrado de la Administración de Justicia la ejecutante Credifimo y TDA 25, Fondo de Titulización de Activos (Cif.: V-84791409) verificándose cesión de remate a favor de esta última entidad, que, según se dice

Código Seguro de verificación:bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL DEL CASTILLO DEL OLMO 14/02/2017 13:03:45	FECHA	14/02/2017
	GERARDO SUAREZ GARCIA 14/02/2017 13:47:26		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==	PÁGINA	1/9

bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==

en el Decreto de Adjudicación de fecha 04/05/2012, acreditó documentalmente haber abonado por las propiedades las siguientes cantidades: 128.702,37 € por la finca nº 1.711/B y 140.516,40 € por la finca nº 14.161.

Pues bien, prosigue la ejecutante diciendo que, anulada la presente ejecución, y reiniciados íntegramente sus trámites, de oficio se ha visto en la obligación legal de comprobar detalladamente las condiciones y vicisitudes del crédito hipotecario que constituye su objeto, llamándole poderosamente la atención el anterior detalle, pues resulta bastante extraño, a su criterio, que un fondo de titulización de activos, que es una entidad destinada a adquirir y lo que llama "*empaquetar*" créditos hipotecarios para negociar con ellos en el mercado de valores, llegase a adjudicarse los inmuebles en cesión de remate.

En razón de ello, indica que comienza a realizar las averiguaciones oportunas, pudiendo comprobar que el referido fondo fue constituido con fecha 28 de Julio de 2006 mediante la aportación por Credifimo y Banco Gallego de un paquete de créditos hipotecarios valorados en 265 millones de euros, dato que acredita el folleto publicado oficialmente en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que se acompaña como documento número uno.

En dicho folleto se expresa que *"El fondo constituirá un patrimonio separado sin personalidad jurídica"* (apartado 1.1) y que, de conformidad con el Real Decreto 926/1998, *"será gestionado por una sociedad gestora de fondos de titulización."*, desprendiéndose de su texto que en realidad los Créditos Hipotecarios que agrupa han sido cedidos por los bancos al fondo.

De todo ello resulta, según indica, que, con carácter simultáneo a la presentación del referido folleto en la CNMV, se procedía al otorgamiento de una escritura pública por la que se constituía formalmente el fondo TDA 25. Y que en dicha escritura las entidades participantes (*Credifimo* y Banco Gallego) le cedían los créditos hipotecarios englobados, *"no asumiendo dichos bancos responsabilidad alguna por el impago de los Deudores Hipotecarios, ya sea del principal, de los intereses o de cualquier otra cantidad que los mismos pudieran adeudar en virtud de los Préstamos Hipotecarios…"*

O lo que es lo mismo a su criterio, que es que los créditos hipotecarios en cuestión dejaban material y jurídicamente de ser titularidad de quien los concedió (en este caso *Credifimo*), para agruparse en el llamado fondo TDA 25, y pasar a ser vendidos a terceros por medio de participaciones negociadas en el mercado de bonos.

Desde el momento en que la ejecutada comprueba los anteriores extremos, y como quiera que la intentada cesión de remate a TDA 25, sólo podía indicar que el crédito hipotecario ejecutado era uno de los que le fueron en su día cedidos por Credifimo para constituir dicho fondo (pues el fondo no se dedica a comprar propiedades), la ejecutada dice que ha estado tratando de aclarar completamente la situación, solicitando a la entidad ejecutante tanto información respecto a la situación real del préstamo, como copia de la escritura de constitución de TDA 25 Fondo de Titulización de Activos (que tiene que contener un listado de los préstamos que se ceden) pero ello ha resultado inconducente, pues tanto Credifimo como la propia gestora de TDA 25 se han negado sistemáticamente a facilitar dicha información.

En razón de ello, manifiesta la ejecutada que se ha visto obligada a tratar de conseguir dicho documento a través de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (donde por mandato legal tiene que tener depositada una copia de dicha escritura), cursando la correspondiente petición por medio del correo electrónico que al efecto tiene establecido y recibiendo acuse de recibo de fecha 23 del corriente mes de junio de 2016, por el que se comprometen a responder en el plazo de un mes (ampliable a un máximo de dos). Así lo acreditan las copias de dichos correos que se acompañan como documentos números dos y tres.

Pues bien, sin perjuicio de lo que resultase de tal requerimiento y sin perjuicio también de las diligencias probatorias que se solicitarán si es que de contrario se atreven a negar este extremo, entiende que la titulización del préstamo hipotecario ejecutado resulta innegable, pues no puede existir ninguna otra razón para que se intentara ceder el remate (afortunadamente hoy anulado) a TDA 25, Fondo de Titulización de Activos.

Código Seguro de verificación:bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

FIRMADO POR	MIGUEL DEL CASTILLO DEL OLMO 14/02/2017 13:03:45		FECHA	14/02/2017
	GERARDO SUAREZ GARCIA 14/02/2017 13:47:26			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==	PÁGINA	2/9

bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==

En consecuencia, considera acreditado que la entidad ejecutante, Unión de Crédito para la Financiación Mobiliaria e Inmobiliaria, Credifimo E.F.C. S.A., dejó de ser la titular del préstamo cuando en el año 2006 lo cedió a TDA 25 Fondo de Titulación de Activos. Y que ha mantenido tal circunstancia en secreto, iniciando fraudulentamente la presente ejecución a pesar de constarle que carece de legitimación activa para ello (posiblemente, indica, para eludir el pago de impuestos), como indica el propio Banco de España en respuesta a cuestión formulada al respecto que se acompaña como documento número cuatro.

A partir de aquí entiende la ejecutada que la legitimación activa correspondería, en todo caso, a TDA 25, Fondo de Titulización de Activos. Nunca a la actora Credifimo, por lo que debería procederse al archivo del procedimiento por indebida constitución de la relación jurídico-procesal.

A este respecto, y dado lo que juzga opacidad con que las entidades bancarias han manejado estas cuestiones, se permite aclarar el concepto de titulización, señalando que es una vía de financiación del llamado "Mercado Hipotecario" por medio de la que se favorece la financiación de las entidades financieras, permitiendo la emisión de bonos, cédulas y participaciones hipotecarias y el "empaquetamiento" de estas "operaciones pasivas" mediante Fondos de Titulización, que a su vez emiten unos bonos reconocidos en el artículo 2.1.e) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y negociables en mercados organizados.

De esta forma, se ceden múltiples activos con características heterogéneas (préstamos con diferente importe, plazo, vencimiento, tipos de interés, riesgo...) y que son nominativos, a un fondo que al englobarlos los transforma en títulos homogéneos y al portador, de tal forma que puedan ser colocados con facilidad en los mercados financieros.

En la práctica la titulización supondría, según la ejecutada, que las entidades financieras agrupen una serie de créditos con garantía hipotecaria procedentes de su balance y los transfieran a un Fondo de Titulización que desde ese momento se convierte en acreedor de los préstamos y beneficiario de la garantía hipotecaria a cambio de abonar el capital a la entidad financiera. De tal manera que la entidad financiera recupera el capital prestado (y con ello los depósitos de garantía) y sanea su balance para poder seguir prestando a terceros. Y el fondo, por su parte, negocia con los títulos como si de acciones se tratara.

La titulización – continúa - fue inicialmente regulada en la Ley 19/1992 de 7 de Junio sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria. Norma que fue derogada por la Ley 5/2015 de Fomento de la Financiación Empresarial, si bien los fondos constituidos con anterioridad a la nueva norma continúan rigiéndose por la normativa vigente en el momento de su constitución. Posteriormente se dictó el Real Decreto 926/1998 de 14 de Mayo por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización en que se crea la figura de titulización de activos para coexistir con la figura de la titulización hipotecaria. Real Decreto que ha estado vigente hasta el 29 de Abril de 2015 en que se dictó la Ley 5/2015 de 27 de Abril de Fomento de la Financiación Empresarial.

Agrega que, de la lectura de toda esa normativa (la derogada y la actualmente vigente) se desprende sin lugar a duda alguna que la titulización se verifica mediante la efectiva *transmisión de los créditos* a los Fondos de Titulización, y que normalmente esta opera con base en la figura legal de la *cesión de créditos*, por lo que entiende plenamente acreditada la concurrencia de la excepción procesal que se esgrime, remitiéndose, a lo indicado en la parte fáctica del presente escrito, a los documentos que se han acompañado, y a las siguientes normas:

1---La Orden EHA 3536/2005 de 10 de Noviembre de determinación de derechos de créditos futuros susceptible de incorporación a fondos de titulización de activos y de habilitación a la CNMV para dictar reglas específicas en materia de contabilidad y obligaciones de información aplicables a los fondos de titulización de activos y sus sociedades gestoras en su artículo Tercero apartado primero que señala que en casos de titulización "La cesión de los derechos de crédito futuros ha de ser plena e incondicionada".

Código Seguro de verificación:bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

FIRMADO POR	MIGUEL DEL CASTILLO DEL OLMO 14/02/2017 13:03:45	FECHA	14/02/2017
	GERARDO SUAREZ GARCIA 14/02/2017 13:47:26		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==	PÁGINA	3/9

bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==

2---La Exposición de Motivos 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 al disponer: "... se introduce también un cierto grado de actualización en el régimen de las participaciones hipotecarias. Queda definitivamente claro que mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa. La entidad de crédito que emite las participaciones hipotecarias traslada la totalidad del riesgo de la parte del crédito que se cede. Se aclara, además, que cada uno de los títulos de participación hipotecaria representa una participación en un crédito particular, no en un grupo de créditos..."

3---El artículo 32 párrafo 3º de dicho Real Decreto 716/2009, que respecto de las participaciones hipotecarias dispone: "La entidad emisora llevará un libro especial en el que anotará las participaciones emitidas sobre cada préstamo o crédito, así como las transferencias de las mismas que se le notifiquen. En el propio libro anotará los cambios de domicilio que le hayan sido notificados por los titulares de las participaciones. En dicho libro constarán además los siguientes datos: 1. a) Fecha de apertura y vencimiento del préstamo o crédito, importe inicial del mismo y forma de liquidación. 2. b) Datos registrales de la hipoteca."

4--- Los artículos 1528 y 1878 del Código Civil en cuanto que respectivamente establecen que "La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio" y que "El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley" del Código Civil".

5--- Los artículos 6 y 7.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto que respectivamente prevén que: "Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: ... 5.º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte." Y que "Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades".

6--- El artículo 25 párrafo 1º de la Ley 5/2015 de 27 de Abril de Fomento de la Financiación Empresarial atribuye la representación de estos Fondos a las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización, manifestando que: "Las sociedades gestoras de fondos de titulización tienen por objeto la constitución, administración y representación legal de los fondos de titulización, y de los fondos de activos bancarios en los términos previstos en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito".

Aportándose para finalizar diversas sentencias en el mismo sentido.

A lo que la ejecutada responde que no existe transmisión del crédito litigioso, que la hipoteca está expresamente inscrita a su favor, y que el Fondo TDA ha adquirido participaciones sin perjuicio de la facultad de CREDIFIMO de efectuar la reclamación judicial de los créditos impagados.

2---NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Según la ejecutada, la escritura de hipoteca por ella firmada contiene condiciones generales de contratación que resultan manifiestamente abusivas y de las que nunca fue informada ("cláusula suelo", que ya ha sido anulada con ocasión de incidente extraordinario tramitado,

- La Cláusula de fijación de comisión o penalización por posiciones vencidas, cláusula de intereses moratorios (fijados en 6 puntos sobre el que resulte aplicable en cada momento del préstamo), e imposición de la adhesión a un seguro colectivo de vida e incapacidad.

Estima que dichas cláusulas fueron unilateralmente redactadas por la ejecutante e impuestas a la ejecutada, sin que llegara a facilitársele información alguna, por lo que al tener Doña Lorena condición de consumidora, deben ser necesariamente consideradas como contrarias a la

Código Seguro de verificación:bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

FIRMADO POR	MIGUEL DEL CASTILLO DEL OLMO 14/02/2017 13:03:45		FECHA	14/02/2017
	GERARDO SUAREZ GARCIA 14/02/2017 13:47:26			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==	PÁGINA	4/9

bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==

buena fe contractual y completamente abusivas, declarándose expresamente su nulidad y teniéndose a todos los efectos por no puestas, con efectos de pluspetición.

Pues bien, sobre estas causas, incluyendo error en la determinación del saldo, dado el pronunciamiento que pondrá fin a este proceso, y la estimación del primer motivo de oposición en los términos que se dirá, no resulta pertinente abordar las razones oposición de la ejecutante, ni tampoco dotarles de respuesta, sin perjuicio de lo que pudiera ser objeto de pronunciamiento en otro proceso.

SEGUNDO. RESPUESTA JUDICIAL.

--- SOBRE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA.

La existencia de diversas formas de articular la titulización (con cesión o sin cesión de créditos), así como la abundante jurisprudencia contradictoria, conducen a pensar que no puede determinarse de manera unívoca y general, válida para todos los supuestos, a quién corresponde la legitimación activa. Debe, por el contrario, llevarse a cabo un análisis individualizado de cada caso, para poder identificar qué sujeto es el legitimado, y eso es lo que haremos tras exponer las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

Así, indicar, en primer lugar, que, en aquellos casos en que se entiende que la legitimación activa corresponde a las entidades bancarias, se esgrimen sobre todo dos argumentos: El primero, utilizado sobre todo en sede judicial, es que se niega que exista una cesión, entendiendo que la titulización es un instrumento financiero que no conlleva el desplazamiento de la titularidad de la garantía hipotecaria; el segundo, detectado sobre todo en escrituras estudiadas, es la existencia de un contrato de administración, un mandato, a través del cual el banco cedente asume toda la gestión del crédito, incluyendo el ejercicio de acciones judiciales (como la ejecutiva hipotecaria) en caso de impago.

En segundo lugar, y por lo que respecta a aquellos casos en que se niega la legitimación activa de las entidades bancarias, el principal argumento es que ha existido una cesión del crédito en su integridad y llevando aparejados, además, todos los derechos accesorios, entre los que se cuenta la garantía hipotecaria. Por lo tanto, habiéndose producido esta transmisión del crédito, el legitimado para ejecutar la hipoteca es el cesionario.

Se advierten en la práctica varios problemas añadidos. Fundamentalmente, en caso de que se entienda que ha habido cesión, se plantean en primer lugar dudas acerca de la legitimación del cesionario si no ha inscrito la garantía en el Registro.

Este caso es distinto.

Pues bien, siempre desde la perspectiva del art. 10 de la LECivil., y como ya hemos adelantado, lo oportuno es ir al caso concreto, cuya respuesta vendrá dada inicialmente por la necesaria lectura de un documento que aporta la ejecutada en su oposición, cual es el folleto publicado oficialmente en la página web del Mercado de Valores (documento 1 unido a oposición). Un folleto ilustrativo de, en el fondo, un posible contrato *atípico, complejo*, entre CREDIFIMO y TDA., según se desprende de su tenor.

En particular, nos parece oportuno dirigirnos en primer lugar al contenido de la parte del folleto referente a Servicios de administración de los Préstamos Hipotecarios, que, en lo que se refiere al pacto al que se llega sobre custodia y gestión de cobro, comienza indicando que, "*en la administración de los Préstamos Hipotecarios, cada cedente (en este caso Credifimo) dedicará el mismo tiempo y atención a los mismos y ejercerá el mismo nivel de pericia, cuidado y diligencia en la administración de los mismos, que el que dedicaría y ejercería en la administración de préstamos hipotecarios que no hubieran sido cedidos y, en cualquier caso, ejercitará un nivel razonable de pericia, cuidado y diligencia en la prestación de los servicios*". De este pacto se desprende que CREDIFIMO asumiría la existencia a su cargo de un deber de administración de crédito hipotecario cedido a TDA. También una presunción inicial de cesión.

Código Seguro de verificación:bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

FIRMADO POR	MIGUEL DEL CASTILLO DEL OLMO 14/02/2017 13:03:45		FECHA	14/02/2017
	GERARDO SUAREZ GARCIA 14/02/2017 13:47:26			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==	PÁGINA	5/9

bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==

Se añade que "*cada cedente, respecto de los Préstamos Hipotecarios que administre, estará sujeto a los criterios que para la administración de los mismos se describen en el apartado 2.2.7 del Módulo Adicional del Folleto, si bien podrá modificar dichos criterios, siempre que dichas modificaciones no supongan un deterioro en la administración de los Préstamos Hipotecarios y se notifiquen a la Sociedad Gestora y no se perjudique, en modo alguno, la calificación otorgada a los Valores por las Agencias de Calificación y, adicionalmente, siempre que esté sujeto a los límites de negociación especificados en el punto 6 del presente apartado*". Se trata de otro pacto relativo al deber de administración y gestión leal del préstamo hipotecario, unido a presunción de existencia de cesión.

A continuación se indica que, en concreto, "*cada cedente, respecto de los Préstamos Hipotecarios que administre, mantendrá todas las escrituras, documentos y archivos relativos a los mismos, y a cualquier otro derecho accesorio a los Préstamos Hipotecarios así como cuantos documentos sean relevantes en relación con los mismos, bajo custodia segura, y no abandonará la posesión, custodia o control de los mismos, si no media el previo consentimiento escrito de la Sociedad Gestora, en nombre del Fondo, a no ser que sea en favor de un subcontratista o delegado nombrado siempre que ello esté permitido por la normativa vigente, o para permitir al Cedente, como administrador de los préstamos, emprender procedimientos para la ejecución de un Préstamo Hipotecario.*"

Observamos que lo asumido es, aparentemente, en relación con créditos cedidos documentados, pues, un deber de depósito o custodia material o física, con excepciones entre las que se encuentra la posibilidad de sacar al exterior las escrituras cuando se pretenda ejercitar una acción hipotecaria por el propio cedente. Por tanto parece asumirse esta opción ejercicio de acción hipotecaria como facultad para CREDIFIMO. Opción que no por el hecho de preverse como posible es en sí génesis de la virtualidad de tal acción ex art. 1280. 6 Ccvil.

En este sentido, y además, se indica que cada Cedente, como administrador de los préstamos, seguirá cobrando todas las cantidades debidas y pagaderas en virtud de los Préstamos Hipotecarios o de cualquier derecho accesorio a los mismos y realizará sus mejores esfuerzos para asegurar que todos los pagos a realizar por los prestatarios o por otras personas, en virtud de los Préstamos Hipotecarios o de cualquier otro derecho accesorio a los mismos sean cobrados, de acuerdo con los términos y condiciones de dichos Préstamos Hipotecarios, en las fechas correspondientes. Es decir, se asume una función de gestión de cobro extrajudicial de cantidades debidas en concepto de préstamo, lo que es distinto de ejercicio de acciones hipotecarias.

Y avanzamos para acercarnos a la conclusión. En línea con lo anterior, a propósito de las acciones contra los deudores hipotecarios, expresamente se hace constar, y entendemos que se crea presunción iuris tantum de acuerdo en ese sentido, que, en caso de demora en los pagos a que vengan obligados los deudores hipotecarios en virtud de los préstamos hipotecarios cedidos al Fondo, *cada Cedente, como administrador de los mismos, desarrollará las actuaciones descritas en el apartado 2.2.7 del Módulo Adicional del presente Folleto, adoptando al efecto las medidas que tomaría un prestamista hipotecario razonablemente prudente que realice operaciones de financiación en España, siempre que el ejercicio de dichas facultades discrecionales no afecte a la gestión del Fondo, ni a la calificación otorgada por las Agencias de Calificación a los Valores*, añadiéndose que los *Cedentes, como administradores de sus respectivos Préstamos Hipotecarios cedidos al Fondo, en virtud de la titularidad fiduciaria de los mismos o en virtud del poder que se cita en el párrafo siguiente, ejercitarán las acciones correspondientes contra los Deudores Hipotecarios que incumplan sus obligaciones de pago derivadas de dichos Préstamos Hipotecarios. Dicha acción deberá ejercitarse por los trámites del procedimiento judicial de ejecución que corresponda conforme a lo previsto en los artículos 517 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Y se añade que, *a los efectos anteriores y a los efectos de lo previsto en los artículos 581.2 y 686.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y para el supuesto que fuese necesario, la Sociedad Gestora en la Escritura de Constitución otorgará un poder tan amplio y bastante como sea requerido en Derecho a favor de los cedentes para que éstos, actuando a través de cualesquiera de sus apoderados con facultades bastantes a tales fines, pueda, en nombre y*

Código Seguro de verificación:bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

FIRMADO POR	MIGUEL DEL CASTILLO DEL OLMO 14/02/2017 13:03:45		FECHA	14/02/2017
	GERARDO SUAREZ GARCIA 14/02/2017 13:47:26			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==	PÁGINA	6/9

bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==

representación de la Sociedad Gestora como representante legal del Fondo, requerir por cualquier medio judicial o extrajudicial al Deudor Hipotecario de cualquiera de los Préstamos Hipotecarios el pago de su deuda y ejercitar la acción judicial contra los mismos, además de otras facultades requeridas para el ejercicio de sus funciones como administrador de los mismos.

Observamos pues una cláusula que en definitiva no es sino lógica consecuencia de la coherente e imperativa interpretación que dimana de lo dispuesto en el art. 1528 en relación con art. 1280.6 Ccvil. Esto es, que para que la cesión de créditos opere frente a terceros, debe constar aquella en escritura pública.

Pues bien, entendemos que la escritura pública es el criterio determinante para saber si ha operado o no cesión de créditos legalmente efectuada a propósito del préstamo hipotecario de autos. Que se sienta presunción de cesión de crédito y de que para ejercicio de acciones hipotecarias por Credifimo (no otras funciones) hace falta mandato expreso, apoderamiento.

Una escritura pública con la que no constamos, paradójicamente.

La cuestión es ¿a quién debe perjudicar lo anterior?

A nuestro juicio, es pertinente aplicar el art. 217 de la LECivil.

Esto es, interpretar que el ejecutado ha sentado un principio de prueba vía documental (326-19 LECivil) de que operado una cesión de crédito hipotecario *anunciada* en el folleto publicado al que hemos hecho referencia. Una cesión de crédito que de realizarse como se prevé en el folleto, no obstante, precisamente habilitaría a Credifimo, con poder expreso, para precisamente efectuar la reclamación que ahora se realiza.

Por su parte, la hoy ejecutante, que por facilidad de acceso (217.7 LECivil) podía haber aportado la escritura con el previsto poder para reclamar el crédito, no lo hace, creando una apariencia de que no ha habido una cesión a todas luces presumible. Es más, la única escritura de apoderamiento que consta en actuaciones – tomo I- es de TDA a determinados letrados, sin que nadie en la oral impugnación de la oposición, ni antes CREDIFIMO, haya expresado que actúa por TDA...

Se crea a raíz de lo anterior una situación singular desde el punto de vista procesal, que tenemos que resolver amparando a quien tiene derecho a saber quién le reclama, e incluso a ser notificado de la cesión e instrumento empleado para materializarla, en orden a conocer si puede o no puede alegar determinados motivos de oposición. Presumiendo en definitiva, a base del folleto, y de la no a exhibición de la escritura cuya existencia presumimos, que Credifimo oculta al tribunal la posibilidad de conocer sí tiene legitimación activa. Sí ha cedido o no el derecho a reclamar a TDA. Si ésta le ha autorizado para la demanda hipotecaria, como es imperativo ex art. 1280. 6 Ccvil.

Siendo evidente que Credifimo, con su pasividad, deja en el aire la posibilidad de que, por aplicación de la escritura pública para titulización, finalmente quedara excluida de la posibilidad de ejecutar sus hipotecas, lo que, como hemos dicho, requería expreso poder a CREDIFIMO.

Y lo que necesariamente le perjudica al no haber neutralizado la apariencia de cesión de crédito a TDA que crea con sus alegaciones y documental la ejecutada, y se traduce en la estimación del motivo de oposición relativo a la falta de legitimación activa, no porque no la tenga (lo cual ignoramos) sino porque no demuestra suficientemente que la tenga tras ponerse razonablemente en duda la misma por la ejecutada.

A mayor abundamiento, y si nos atenemos a la propia demanda inicial, constatamos que Credifimo, tal y como expresamente cabe desprender del propio escrito en cuestión, a pesar de la objetiva titulización de 2006, ni siquiera se presenta como administradora o actuando en interés de TDA, lo que, unido a la constatación vía documental de que los pagos por la sra. Sánchez se han realizado a TDA, desemboca en la necesaria constatación de que CREDIFIMO ha actuado en este procedimiento sin tener acreditada plenamente su

Código Seguro de verificación:bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL DEL CASTILLO DEL OLMO 14/02/2017 13:03:45		FECHA	14/02/2017
	GERARDO SUAREZ GARCIA 14/02/2017 13:47:26			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==	PÁGINA	7/9

bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==

legitimación activa para efectuar una reclamación que, de estimarse en su integridad, supondría conculcar, a más, las prevenciones que a favor de TDA, receptora de las cuotas hipotecarias, se contenían en el folleto de suscripción de participaciones.

Lo que no obsta, sin embargo, a que se pueda abrir ejecución hipotecaria a instancia de TDA, o nuevamente por CREDIFIMO si demuestra que cumple con el requisito esencial

La consecuencia de todo cuanto antecede es, no que debe estimarse la oposición, sino que, propiamente, procede, conforme al art. 552 en relación con el art. 538 LECivil, acordar que procede denegar sobrevenidamente el despacho de ejecución, abonándosele a la ejecutada las costas que se hayan podido ocasionar en este procedimiento, atendiendo a la estimación de los argumentos aducidos por la misma.

Sin necesidad de entrar a valorar argumentos adicionales

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

DISPONGO

Que, estimando la razón de oposición a la ejecución consistente en falta de legitimación activa de CREDIFIMO, procede denegar el despacho de ejecución, abonándosele a la ejecutada las costas que se hayan podido ocasionar en este procedimiento, atendiendo a la estimación de los argumentos aducidos por la misma en su escrito de oposición.

Contra este auto cabe recurso de apelac ante este Juzgado, del que conocería la Audiencia Provincial, en el plazo de 20 días a partir de su notificación.

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de -------, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación seguido del código '02', de conformidad en lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Llévese testimonio al principal.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

Código Seguro de verificación:bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL DEL CASTILLO DEL OLMO 14/02/2017 13:03:45	FECHA	14/02/2017
	GERARDO SUAREZ GARCIA 14/02/2017 13:47:26		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==	PÁGINA	8/9

bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg=

ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Código Seguro de verificación:bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL DEL CASTILLO DEL OLMO 14/02/2017 13:03:45		FECHA	14/02/2017
	GERARDO SUAREZ GARCIA 14/02/2017 13:47:26			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==	PÁGINA	9/9

bHiYfEu2hMeN3mpB4YsGyg==