

### AL JUZGADO

DOÑA \_\_\_\_\_ Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de \_\_\_\_\_ con domicilio \_\_\_\_\_ tal y como se acreditará mediante apoderamiento “apud acta” otorgado ante el Secretario Judicial tan pronto sean requeridos para ello, ante el Juzgado comparezco y como major proceda en Derecho

DIGO:

Que mediante el presente escrito de conformidad con el artículo 562 Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 225 y siguientes de la LEC vengo a SOLICITAR que se acuerde la NULIDAD DEL AUTO DE FECHA 24 de Junio de 2014 por el que se despacha ejecución hipotecaria a instancia de la entidad BANCO MARE NOSTRUM, S.A. sobre la finca registral nº \_\_\_\_\_ inscrita en el Registro De la Propiedad nº 2 de ORIHUELA titularidad de mi representada con base en los siguientes MOTIVOS

#### **PRIMERO.- FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ENTIDAD EJECUTANTE:**

##### TITULIZACIÓN

En fecha 1 de Marzo de 2005 la entidad Caja de Ahorros de Murcia y mi representada suscribieron ante el Notario Vicente Domingo González un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en virtud del que la entidad Caja Murcia en calidad de prestamista, concedía a mi representada, en calidad de prestataria un préstamo por importe de 120.000,00 euros de capital garantizado con hipoteca sobre la finca nº \_\_\_\_\_ inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Orihuela

En dicho préstamo intervino el hermano de mi representada, \_\_\_\_\_, en calidad de avalista.

A fin de eliminar el aval prestado por el hermano de mi representada, en fecha 29 de Abril de 2010 ambas partes novaron el préstamo mediante Escritura otorgada ante el Notario Tatiana Martín Ruiz exigiendo a tal efecto la entidad prestamista las siguientes modificaciones en relación con el préstamo original:

- Introducción de un periodo de carencia de amortización de capital e intereses con pacto de anatocismo.
- Modificación del tipo de interés.
- Modificación de la fecha de revision del tipo de interés.
- Ampliación del plazo
- Ampliación del principal del préstamo en 12.000,00 euros.
- Inclusión como avalistas solidarios de los padres de mi representada, Jesús Sadaba Casado y Adoración Beatriz Esteban Rodríguez.

La entidad CAJA AHORROS DE MURCIA en fecha 22 de Diciembre de 2010 se fusionó en el SIP (fusión fría) Banco Mare Nostrum, S.A. a la que se traspasaron a título universal la totalidad de los patrimonios, derechos y obligaciones de la extinta caja.

Pues bien, en la demanda ejecutiva formulada de contrario por la entidad BANCO MARE NOSTRUM, S.A. no se ha acreditado que el concreto crédito con garantía hipotecaria que fundamenta la presente ejecución haya sido transferido a la entidad BANCO MARE NOSTRUM, S.A.

Y es más, es altamente probable que no haya sido transferido el concreto crédito hipotecario que fundamenta la ejecución presente a BANCO MARE NOSTRUM, S.A. habida cuenta de las

numerosas “titulizaciones” que han llevado a cabo desde el año 2005 hasta la fecha tanto Caja de Ahorros de Murcia como BANCO MARE NOSTRUM, S.A..

¡ATENCIÓN, SEÑOR/A LETRADO ES NECESARIO ADAPTAR LA RELACIÓN DE EMISIONES REALIZADAS POR EL BANCO DEMANDANTE EN CADA CASO. SE PUEDE LOCALIZAR TAL RELACIÓN EN LA SOCIEDAD GESTORA!

A título enunciativo referenciamos los Fondos de Titulización constituidos por Caja de Ahorros de Murcia y los importes nominales que aportó la misma a estos fondos de los que esta parte tiene conocimiento desde el 22 de Diciembre de 2005 hasta el 8 de Noviembre de 2006:

- En fecha 22 de Diciembre de 2005 se constituyó el Fondo de Titulización “AyT Caja Murcia Hipotecario I, Fondo de Titulización de Activos” en el que Caja Murcia titulizó hipotecas de su cartera por un valor nominal de 350 millones de euros.
- En fecha 29 de Marzo de 2005 se constituyó el Fondo de Titulización “AyT Cédulas Cajas IX, Fondo de Titulización de Activos” en el que Caja Murcia titulizó hipotecas de su cartera por un valor nominal de 255 millones de euros.
- En fecha 8 de Noviembre de 2006 se constituyó el Fondo de Titulización “AyT Caja Murcia Hipotecario II, Fondo de Titulización de Activos” en el que Caja Murcia titulizó hipotecas de su cartera por un valor nominal de 315 millones de euros.

En total, en un periodo de 10 meses Caja Murcia titulizó un total de 920.000.000 euros correspondientes a créditos hipotecarios obrantes en su cartera hipotecaria, según conocimiento de esta parte por consulta a la web de la CNMV, aunque podrían haber emitido más titulizaciones de las que esta parte no tiene conocimiento al emitirse con total oscuridad, no ser inscritas en ningún registro público y ser una información que la entidad financiera no comunica a sus clientes.

Así mismo, es patente que una vez constituido Banco Mare Nostrum, S.A. las titulizaciones han seguido su curso a un ritmo vertiginoso.

A la vista de lo anterior, es más que probable que a la fecha de la creación de Banco Mare Nostrum el préstamo con garantía hipotecaria que fundamenta la presente ejecución no hubiera sido transmitido de una entidad creada a otra por ser titularidad de un Fondo de Titulización careciendo, por tanto, la entidad ejecutante de legitimación activa en el presente procedimiento.

Este extremo no puede acreditarse esta parte fehacientemente por carecer de la información necesaria al efecto, información que solo obra en poder de la entidad ejecutante y de las Sociedades Gestoras de los Fondos de Titulización tal y como manifiesta la CNMV mediante circular que adjuntamos como documento nº 1.

Esta posible cesión del contrato en todo caso se ha podido producir en la más absoluta oscuridad al no reflejarse registralmente porque así lo permite el artículo 61 del Real Decreto 716/2009 y al no comunicarse a mi representado en ningún momento con base en la Cláusula Undécima del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que en sede de Estipulaciones no financieras reza así:

*“CESIÓN. La Entidad acreedora podrá ceder su préstamo hipotecario, en todo o en parte, a cualquier otra persona o Entidad, sin que tenga que notificarse a la parte deudora, quien renuncia a este derecho”*

En base a esta estipulación, que tiene el carácter de condición general de la contratación, la entidad prestamista, Caja Murcia, y posteriormente, Banco Mare Nostrum han podido ceder el crédito a cualquier Fondo de Titulización sin conocimiento de mi poderdante.

Este desconocimiento de mi poderdante supone un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de la misma que determina la nulidad de la cláusula undécima por lo siguiente:

1º. Le impide conocer fehacientemente quién es la persona o entidad que tiene un crédito a su favor

frente a ella causándole un perjuicio evidente habida cuenta que, en caso de haberse transferido el crédito con garantía hipotecaria, sería únicamente con el Fondo con el que puede alcanzarse una eventual transacción que, en su caso, permita a mi representada solucionar su situación económica y hacer frente a las cuotas hipotecarias y evitar la temida ejecución hipotecaria.

La necesidad de alcanzar un acuerdo que permita a mi representada hacer frente a sus obligaciones dinerarias ha sido manifestada por ésta a la entidad BANCO MARE NOSTRUM obteniendo siempre la negativa por respuesta.

Esta negativa presuponemos que deriva de la incapacidad de BANCO MARE NOSTRUM para alcanzar acuerdos transaccionales con mi patrocinada habida cuenta que NO ES LA ACREEDORA DEL CRÉDITO al haberlo transferido a un Fondo de Titulización y no poder tomar, por tanto, ninguna decisión que permita modificar los términos de pago del préstamo pues lo proscibía el artículo 25 del Real Decreto 685/1982 de 17 de Marzo por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981 de 25 de Marzo de Regulación del Mercado Hipotecario y lo sigue impidiendo el actual artículo 4.3 del Real Decreto 716/2009 que señala:

*“Las Entidades emisoras no podrán posponer las hipotecas existentes a su favor en garantía de créditos afectados al pago de bonos, o que hayan sido objeto de alguna participación hipotecaria sin el consentimiento del Sindicato de Tenedores de Bonos, o de todos los partícipes del crédito, respectivamente.*

4. *Tampoco podrán, sin el expresado consentimiento:*
5. *Cancelar voluntariamente dichas hipotecas, por causa distinta del pago del crédito garantizado.*
6. *Renunciar o transigir sobre ellas.*
7. *Novar el crédito garantizado, condonarlo en todo o en parte o prorrogarlo.*
8. *En general, realizar cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca o del crédito”*

De esta manera ante los hechos expuestos resulta condición necesaria que la entidad BANCO MARE NOSTRUM, S.A. que se arroga la condición de titular del crédito hipotecario acredite fehacientemente que ostenta esta legitimación para accionar y que tiene capacidad para transigir sobre el crédito informando al juzgado sobre el estado del préstamo con garantía hipotecaria objeto de ejecución según resulte de su Libro Especial Contable y del Registro Especial Contable de obligada llevanza por las entidades financieras.

La posible cesión del crédito a través de la figura de la titulización sin poner este hecho en conocimiento de mi mandante supone una novación subjetiva del préstamo que conculca la buena fe con la que han de actuar las partes contratantes y que ocasiona un evidente perjuicio a mi representada en su condición de consumidora que ha renunciado a un derecho reconocido legalmente (anteriormente en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria y actualmente en el artículo 242 del Decreto de 14 de Febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario) sin obtener ninguna contraprestación a cambio. Es evidente que a mi mandante le interesa legítimamente conocer quién es el titular del crédito hipotecario con el que carga, pues de otra manera se encontrará en una situación en la que no sabrá que puede ejercitar una serie de derechos legalmente reconocidos como oponer la compensación de créditos en su caso.

De esta manera, si ha operado la titulización del préstamo mediante el negocio de cesión de créditos, mi representada en el año 2005 concertó su contrato de préstamo con una entidad conocida y con apariencia de solvencia a la fecha del contrato, que además era una Caja de Ahorros con función social. Podía negociar con personas acudiendo a la oficina correspondiente. Sin embargo, con la cesión del crédito operada: ¿tendrá que reunir al Sindicato de Tenedores de Bonos o a todos los partícipes del Fondo para que acepte alguna propuesta? ¿quién es el Sindicato? ¿quiénes son los partícipes a reunir?

A más inri, operada la titulización el Fondo de Titulización ya habrá abonado la totalidad de la

deuda a la entidad accionante. Esta deuda y los intereses que se preveían cobrar por ella forma parte de un grupo más grande de hipotecas. ¿Puede negociarse un crédito en particular o los cambios en uno de los créditos que fueron transmitidos pueden afectar a los restantes y, por tanto, no es posible?

Así pues, esta cesión de créditos operada en plena oscuridad vulnera los principios esenciales del derecho contractual y sitúa a mi mandante, consumidora, en una posición totalmente desventajosa que no debe ser amparada judicialmente aceptando la simulación de la titularidad de un crédito en un procedimiento judicial.

2º. Igualmente, la cesión del crédito llevada a cabo por la entidad prestamista perjudicará a mi representada que tiene legítimo interés en que sea el acreedor del préstamo el que comparezca en la ejecución puesto que en el eventual supuesto de procederse a la subasta y adjudicación de la finca hipotecada la plusvalía no coincidirá con la diferencia entre el precio del remate y el de una posible venta por el Fondo, porque el Fondo, en realidad, habrá adquirido el crédito por un precio probablemente inferior, precio de compra del crédito y de reventa de la vivienda que la parte ejecutada tiene derecho a conocer de conformidad con el artículo 579.2.b de la Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil.

3º. Así mismo, esta cesión operada a espaldas de la realidad registral causa un evidente perjuicio tanto a mi representada como a la propia Administración de Justicia que se ve inducida a cometer un error procesal al ejecutar la garantía hipotecaria a instancia de quien no es el legitimado por haber cedido el crédito y la garantía hipotecaria vinculada al mismo simulando ser el verdadero acreedor. Perjuicio a la administración de justicia que incluso es sancionado penalmente en el artículo 250.1.7º del Código Penal como estafa procesal.

Así pues, compareciendo la entidad ejecutante BANCO MARE NOSTRUM, S.A. en el presente procedimiento atribuyéndose una legitimación activa que es dudosa ha de exigirse el exquisito cumplimiento de todos los requisitos procesales, llevando a cabo el juzgador de instancias las actuaciones tendentes a asegurar la certeza de la titularidad del crédito hipotecario y, por ende, de la legitimación activa para accionar al tratarse de una cuestión de orden público que ha de ser apreciada de oficio por el Tribunal (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Abril de 2014, entre otras muchas)

La Ley es clara en este punto, en caso que el préstamo con garantía hipotecaria haya sido titulizado. BANCO MARE NOSTRUM, S.A. no tiene legitimación para acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria. La legislación procesal vincula la legitimación en los procesos al titular de la relación jurídica.

En este sentido se pronuncia con meridiana claridad el artículo 10 párrafo 1º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil al establecer que “Serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”

La figura jurídica mediante la que la entidad accionante pudo perder su legitimación, bien por no haber adquirido nunca el crédito litigioso o bien por haberlo cedido es la conocida comúnmente con el nombre de TITULIZACIÓN.

### **¿QUÉ ES LA TITULIZACIÓN?**

La titulización es una parte del proceso de financiación del llamado “Mercado Hipotecario”. Las hipotecas que conceden las entidades financieras españolas (operaciones “activas”) gozan de un sistema privilegiado de financiación basado en tres tipos de valores:

- Los bonos hipotecarios
- Las cédulas hipotecarias
- Las participaciones hipotecarias.

Estos valores son los que la Ley 2/1981 denomina “operaciones pasivas” reconocidas como instrumentos financieros por el artículo 2.1.d) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores.

Mediante estas operaciones “pasivas” una cartera de activos ilíquidos (financiación inmobiliaria) se transforma en “títulos o valores negociables” en un Mercado secundario organizado.

No obstante, estos valores tienen ciertos inconvenientes, como es que hay tantos valores como activos (préstamos) y que todos tienen características heterogéneas (importe, plazo, vencimiento, tipos de interés, riesgo...) Además, normalmente son títulos nominativos. Esto impide el desarrollo de un Mercado secundario líquido y profundo.

Para “homogeneizar” estos valores y hacerlos negociables “al portador” se utiliza la figura de los Fondos de Titulización. Las operaciones de titulización lo que hacen es incorporar estas operaciones “pasivas” (principalmente participaciones hipotecarias y certificados de transmisión hipotecaria pero también en ocasiones bonos de titulización y cédulas hipotecarias) a FONDOS DE TITULIZACIÓN que a su vez emiten unos bonos de titulización que son un instrumento financiero reconocido en el artículo 2.1.e) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y que son negociables en mercados organizados. De esta forma, se transforman múltiples activos (préstamos) con características heterogéneas (importe, plazo, vencimiento, tipos de interés, riesgo...) y que son nominativos a un fondo que los transforma en títulos homogéneos al portador que se colocan más fácilmente en los mercados financieros.

En la práctica la titulización supone que las entidades financieras agrupan una serie de créditos con garantía hipotecaria que constan en su balance y los transfieren a un Fondo de Titulización que se convierte en acreedor de los préstamos y beneficiario de la garantía hipotecaria a cambio de abonar el capital de los préstamos a la entidad financiera.

La titulización ha venido 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 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.

Pues bien, legalmente para operar la transmisión de los créditos a los Fondos de Titulización se utiliza la figura legal de la cesión de créditos tradicional.

Así lo señalan entre otros 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”*

Igualmente, la Ley 62/2003 de 30 de Diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social en su Exposición de Motivos apartado VI señala: *“En lo concerniente al sistema financiero se regula la titulización sintética de préstamos y otros derechos de crédito, que son operaciones que permiten transmitir el riesgo de crédito de una cartera de activos al mercado de capitales a través de un fondo de titulización sin que se produzca la venta de los activos al fondo como en una titulización tradicional”*

En el mismo sentido de considerar a las titulizaciones como cesiones de crédito se pronuncia la Exposición de Motivos apartado 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 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...”*

Abunda en la característica de que por medio de la titulización se produce una verdadera cesión del crédito el artículo 16 de la Ley 2/1981 de regulación del Mercado Hipotecario que señala:

*“Las entidades no podrán emitir cédulas hipotecarias por importe superior al 80 por ciento de los capitales no amortizados de los préstamos y créditos hipotecarios de su cartera que reúnan los requisitos establecidos en la Sección II, deducido el importe de los afectados a bonos hipotecarios”*

Es decir, las entidades financieras al emitir cédulas hipotecarias deben cumplir una serie de requisitos cuantitativos deduciendo el importe de los préstamos y créditos hipotecarios de su cartera que estén afectos a bonos hipotecarios pero no a participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria porque éstos últimos ya han salido de su balance al haber sido cedidos a un Fondo de Titulización.

Así mismo, el artículo 21.1 del antecitado 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 corrobora que la garantía hipotecaria se transfiere con el crédito al señalar:

*“Las entidades a que se refiere el artículo 2 emisoras de cédulas o bonos hipotecarios llevarán un registro contable especial de los préstamos y créditos hipotecarios que sirven de garantía a dichas emisiones...”*

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 32 párrafo 3º del Real Decreto 716/2009 respecto de las participaciones hipotecarias al disponer:

*“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.”*

En la regulación sustantiva civil, la cesión o venta de un crédito conlleva inexorablemente la cesión o venta de la garantía hipotecaria, tal y como dispone el artículo 1528 del Código Civil con la siguiente fórmula *“La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio”*

La posibilidad de cesión de los créditos hipotecarios se prevé expresamente en el artículo 1878 del Código Civil al disponer *“El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley”*

Y es la propia legislación hipotecaria la que, redundando en lo antedicho, permite la cesión del crédito o préstamo garantizado con hipoteca y remite a la legislación común en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria con la siguiente dicción literal: *“El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil”*

Así pues, en el presente procedimiento es necesario averiguar con carácter previo a su continuación si la entidad Caja Murcia o Banco MARE NOSTRUM, S.A. cedió los préstamos con garantía hipotecaria y la propia garantía a algún Fondo de Titulización de manera que se corrobore quién es el titular de la relación jurídica cuyo cumplimiento coercitivo trata de obtenerse a través del presente procedimiento por parte de BANCO MARE NOSTRUM, S.A. En caso que la hipoteca haya sido “titulizada” el Fondo de Titulización sería el que debería ejercitar la acción de ejecución hipotecaria a través de la Sociedad Gestora correspondiente dado que el Fondo de Titulización carece de personalidad jurídica (artículo 5 de la Ley 19/1992 de 7 de Julio y artículo 15 de la Ley 5/2015 de 27 de Abril de Fomento de la Financiación Empresarial) de conformidad con los siguientes preceptos:

En los casos de entidades sin personalidad jurídica el artículo 7 párrafo 6º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil prevé:

*“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”.*

Y 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:

*“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”*

En conclusión, en el presente caso la cesión del crédito y la garantía hipotecaria operada conllevaría necesariamente que la entidad accionante no sea ya titular del crédito ni de la garantía hipotecaria lo que indefectiblemente daría lugar a la FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA de la misma para instar este procedimiento procediendo, en su caso, el ARCHIVO DE LA EJECUCIÓN INICIADA.

En este sentido se pronuncian el Auto de fecha 14 de Enero de 2015 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Málaga y el Auto de fecha 6 de Marzo de 2015 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada.

Igualmente lo manifiesta el propio Banco de España en el documento nº 2 adjuntado a la presente oposición.

La información sobre la posible titulización del crédito con garantía hipotecaria ha sido solicitado por esta parte a la entidad accionante sin obtener respuesta tal y como se acredita con el documento nº 3 adjuntado a la presente y que consiste en la carta presentada en la entidad financiera por mi representada.

Esta hecho, desconocido por mi representado por todo lo antedicho, que determinaría la FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA de la entidad accionante (reiteramos que es una cuestión de orden público procesal que ha de ser apreciada de oficio por el juzgado) determina que sea necesario con carácter previo a la continuación de la ejecución que se SUSPENDA LA EJECUCIÓN y se requiera a la entidad financiera ejecutante a fin de que aclare este extremo al juzgado

A mayor abundamiento, debemos incidir en la IMPOSIBILIDAD para esta parte de corroborar este extremo por la propia actuación que llevan a cabo las entidades financieras y las sociedades gestoras.

Las obligaciones de transparencia de las sociedades gestoras de fondos de titulización fueron modificadas por la Ley 5/2015 de 28 de Abril sobre Fomento de la Financiación Empresarial que en su artículo 34 dispone que:

*“1. De cada uno de los fondos que gestionen y en los términos previstos en esta Ley, las sociedades*

*gestoras de fondos de titulización deberán publicar en su página web:*

1. *a) La escritura de constitución y, en su caso, las demás escrituras públicas otorgadas con posterioridad,*
2. *b) el folleto de emisión y, en su caso, sus suplementos, y*
3. *c) el informe anual y los informes trimestrales.”*

Este precepto entró en vigor el pasado 29 de Abril de 2015 de conformidad con la Disposición Transitoria 7ª de la citada ley.

Sin embargo, hasta la fecha, las sociedades gestoras no han publicado las escrituras de constitución de los fondos de titulización con sus correspondientes anexos (en los que se reflejan los préstamos transferidos) en sus páginas web.

Esta parte supone que el préstamo de mi representada se encuentra titulado en el Fondo de Titulización AyT Caja Murcia Hipotecario II que se gestiona por la Sociedad Gestora Haya Titulización. Una vez obtenida la escritura de constitución del Fondo de Titulización a través de la CNMV pudimos comprobar que en la propia escritura no se contenía el Anexo V en el que se reflejan todos los préstamos hipotecarios transferidos al Fondo. Así pues, acudimos a la sociedad gestora de ese fondo en concreto a fin de obtener copia del Anexo sin obtener dicha copia.

Se adjunta como documento nº 4 los correos intercambiados con la Sociedad Gestora Haya Titulización solicitando copia del Anexo referido.

Ante esta imposibilidad, a esta parte no le queda más que impertar el auxilio judicial y solicitar mediante OTROSÍ que sea el propio juzgado el que requiera a las sociedades gestoras de fondos de titulización que INFORMEN acerca de la titulización del préstamo en cuya virtud acciona la entidad BANCO MARE NOSTRUM, S.A.

## **SEGUNDO.- FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE BANCO MARE NOSTRUM, S.A.: INSCRIPCIÓN REGISTRAL**

En el presente procedimiento la entidad BANCO MARE NOSTRUM, S.A. carece de legitimación activa al no ser la titular de la garantía hipotecaria tal y como se desprende del documento nº 5 aportado. A la vista de dicho documento, consta que la garantía hipotecaria sobre la finca registral nº ——— inscrita en el Registro De la Propiedad nº 2 de ORIHUELA está anotada en favor de CAJA MURCIA no de BANCO MARE NOSTRUM, S.A., entidad ejecutante en el presente procedimiento.

La legitimación activa se reconoce en nuestra legislación procesal al titular de la acción u objeto litigioso (artículo 10 de la LEC). Tratándose de procedimientos de ejecución hipotecaria es necesario que tanto el crédito que se reclama sea titularidad de la entidad ejecutante como que la hipoteca que lo garantiza y fundamenta la ejecución esté inscrita a favor de la entidad ejecutante puesto que la inscripción registral de la hipoteca tiene carácter constitutivo de conformidad con el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, artículo 244 del Reglamento Hipotecario y artículo 5 de la Ley 2/1994 de 30 de Marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

En el presente caso, no estando inscrita la garantía hipotecaria ejecutada a favor de la entidad ejecutante, es evidente que carece la misma de legitimación activa por lo que procede ARCHIVAR la presente ejecución hipotecaria por vulneración de requisitos de orden público procesal tal y como señala entre otros el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 de Julio de 2012.

## **TERCERO.- NULIDAD DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DESPACHADA: VULNERACIÓN DEL REAL DECRETO LEY 6/2012**

El artículo 5.4 de la Ley 1/2013 que modifica el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de Marzo de medidas Urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos dispone:

*“Desde la adhesión de la entidad de crédito ... serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas”*



En el presente caso, la entidad ejecutante en ningún momento ha ofrecido, tal y como le obliga el artículo 5.4 y 5.9 del Real Decreto Ley 6/2012, a mi representada las medidas de apoyo a los deudores hipotecarios en situación de exclusión lo que ha derivado en el lamentable procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se encuentra incurso ————— En este sentido dispone el artículo 5.9 del antecitado Real Decreto:

*“Las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas habrán de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código. Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas. En particular, las entidades adheridas deberán comunicar por escrito la existencia de este Código, con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria.”*

Como es patente, en el presente supuesto NUNCA ha informado la entidad ejecutante a mi representado la existencia del Código de Buenas Prácticas ni las posibilidades que a su amparo pueden emplearse para evitar la tan temida ejecución hipotecaria, limitándose a interponer la demanda ejecutiva que da lugar al presente procedimiento.

Solo este hecho determina la NULIDAD de la EJECUCIÓN HIPOTECARIA con el consiguiente ARCHIVO de la misma al no cumplirse los requisitos pre-procesales establecidos por el Real Decreto Ley 6/2012 que son de obligado cumplimiento por las entidades financieras con carácter previo a instar un procedimiento de ejecución hipotecaria que desemboca en el desahucio del deudor.

#### **CUARTO.- NULIDAD DEL AUTO DE 24 DE JUNIO DE 2014 POR NO CONTENER DECLARACIÓN RELATIVA A LA ABUSIVIDAD DE CLÁUSULAS DEL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA EJECUTADO**

El Auto de fecha 24 de Junio de 2014 no contiene una declaración acerca de la posible abusividad de cláusulas contenidas en el contrato que da lugar a la ejecución y que inciden en la liquidación de la cantidad por la que se despacha ejecución, pronunciamiento que debe efectuarse de oficio por el juzgador de instancia de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Española y la normativa europea aplicable.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispone en numerosas resoluciones que el control de oficio de la abusividad contenida en los contratos celebrados entre consumidores y usuarios es una verdadera obligación del juez nacional que debe ejercitar en cualquier momento, tan pronto disponga de los elementos de hecho y Derecho necesarios al efecto.

En tal sentido se pronuncia con meridiana claridad la Sentencia de 21 de Febrero de 2013, asunto Banif Plus Bank Zrt en su apartado 23: *“el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional en la materia, no se circumscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión”*

En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de Abril de 2012, C.472/10 asunto INVITEL que reitera que los órganos jurisdiccionales nacionales deben apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula que forme parte de las condiciones generales de la contratación.

A mayor abundamiento, la obligación del control de oficio por parte del juez nacional de las cláusulas abusivas contenidas en contratos suscritos entre consumidores y profesionales se fundamenta en el principio de equivalencia tal y como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de Mayo de 2013, C-488/2011 en el que se dispone que cuando el juez nacional está facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuyo alcance justifique esta sanción,

deberá anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se pueda apreciar a la luz de los criterios establecidos en la Directiva 93/13.

En el presente supuesto, el préstamo que se ejecuta se suscribió entre un consumidor y un empresario y contiene condiciones generales de la contratación en los términos previstos tanto en la Directiva 93/13 como el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Sin embargo, a pesar de ser patente de la propia lectura de la escritura aportada por la contraparte tanto que mi representada es consumidora como que la ejecutante es un profesional, como que el contrato contiene condiciones generales de la contratación, nada se ha manifestado por el juzgador acerca de la posible abusividad de las condiciones generales insertas en dicho contrato que inciden en el cálculo de la cantidad exigible.

No obstante, con una somera lectura de las escrituras de préstamo hipotecario nos encontramos numerosas cláusulas que deben reputarse abusivas y debieron analizarse por el juzgador de oficio a la luz de la Directiva 93/13, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios habida cuenta de que a mi representada no se le proporcionó a la demandante la Oferta Vinculante requerida por el artículo 5 de la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios tal y como hace constar el propio Notario en la escritura. Es decir, Caja Murcia incumplió su obligación de proporcionar a mi representada como adherente del contrato información previa a la contratación tal y como le exige la normativa aplicable. Este incumplimiento de la entidad financiera impidió que la Sra. ————— tuviera oportunidad real de conocer que en su préstamo hipotecario se incluían las siguientes cláusulas que han de reputarse, solo por esta falta de información, NULAS:

#### 1. A) CLÁUSULA SUELO / TECHO:

En el Contrato de préstamo hipotecario de fecha 1 de Marzo de 2005 se establece en la Condición Tercera Bis: “... *A efectos de la garantía hipotecaria que se constituye, las modificaciones que se produzcan en el tipo de interés no podrán suponer una alteración superior ni inferior a cinco puntos sobre el inicialmente convenido...*”

En el Contrato de préstamo hipotecario de fecha 29 de Abril de 2010 (novativo del anterior) se señala en la Estipulación Primera: “... *Como consecuencia de las revisiones del tipo de interés pactadas, las modificaciones que se produzcan en el tipo de interés que resulte de aplicación, a efectos hipotecarios, no podrán suponer una alteración superior ni inferior a 5 puntos sobre el inicialmente convenido en la escritura de constitución de hipoteca, mientras que a efectos obligacionales tendrán como límite máximo el 12% anual y como límite mínimo el 3,65% anual...*”

Estas cláusulas en las que se establece la conocida como cláusula suelo / techo que incide directamente en la cuantía reclamada por la parte contraria debe ser anulada por su señoría por no superar el control de inclusión ni en su vertiente positiva al no haberse proporcionado a mi representada la obligatoria oferta vinculante ni en su vertiente negativa al no tratarse de cláusulas que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles, ni superar tampoco el control de transparencia propiamente dicho para considerar que estas cláusulas puedan ser incorporadas a los contratos suscritos con consumidores.

Este control de transparencia propiamente dicha en los términos establecidos por el Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 9 de Mayo de 2013 requiere que la información suministrada por la entidad financiera permita al consumidor percibir:

- que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato,
- que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago
- y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

En el presente supuesto, la cláusula controvertida tampoco supera este control de transparencia en los términos señalados por el Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 9 de Mayo de 2013 por lo siguiente:

- Mi mandante no fue informada de la existencia de la controvertida cláusula suelo que se aplicaría al préstamo,
- A mi mandante no se le realizó una simulación de los diferentes escenarios posibles relativos al comportamiento previsible del tipo de interés variable que se le impuso y la incidencia de la controvertida cláusula suelo en estas variaciones.
- No se proporcionó a mi representado por parte de la entidad financiera una información previa clara y comprensible sobre el coste de otras modalidades de préstamo que ofertaba la propia entidad financiera para el caso de autos – de haberlas – o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertaron las mismas.
- En último lugar, la inclusión de las cláusulas suelo implica que el préstamo a tipo de interés variable se haya convertido sorpresivamente para mi representado en un préstamo hipotecario a tipo de interés fijo.

En conclusión, entiende esta parte que las citadas cláusulas contractuales constituyen una condición general de la contratación de carácter abusivo cuya nulidad debió acordarse de oficio por Su Señoría de conformidad con lo siguiente:

1º. Al tratarse de una cláusula no negociada individualmente puesto que la entidad bancaria fijó unilateralmente la cláusula suelo del contrato suscrito sin que mi representado tuviera oportunidad real alguna de negociar los términos de su contrato y en particular la rebaja o supresión de las mencionada cláusula;

2º. Al tratarse de una cláusula incorporada de manera generalizada por la entidad bancaria demandada en sus contratos de préstamo hipotecario como es hecho notorio y conocido socialmente;

3º. Al tratarse de una cláusula que transgrede en principio de buena fe contractual al ocasionar en detrimento del cliente un desequilibrio de las obligaciones contractuales injustificado y favorable para una sola de las partes, en este caso la entidad bancaria ejecutada, Banco CEISS (anteriormente Caja España);

4º. Al tratarse de una cláusula no transparente, de cuya incidencia en las condiciones económicas del contrato no tuvo conocimiento cabal mi mandante, lo que ha generado una alteración sorpresiva para mi patrocinado del precio del contrato;

Esta nulidad que no fue apreciada ni analizada por parte del juzgador en el Auto despachando ejecución determina que a la fecha del despacho de ejecución mi mandante NO ADEUDARA CANTIDAD ALGUNA A LA EJECUTANTE, lo que implica que de haberse analizado la misma y declarado su abusividad de oficio por el juzgador de instancia, se hubiera procedido a ARCHIVAR LA EJECUCIÓN DESPACHADA al no haberse liquidado correctamente la cantidad adeudada y no existir la misma.

#### 1. B) COMISIÓN POR RECIBO IMPAGADO

En el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 1 de Marzo de 2005 se dispone en su Condición Cuarta:

*“4.- Comisión por recibo impagado VEINTE euros y CERO centimos de euro (20 euros) por cada recibo impagado a la fecha de su vencimiento prevista, sea el impago total o parcial, corresponda a capital o intereses, o comprenda ambos conceptos.”*

En aplicación de la anterior cláusula la entidad financiera ha aplicado automáticamente a cada retraso en el pago de las cuotas pactadas a mi mandante la citada comisión sin efectuar ningún tipo

de actuación. Esta comisión es a todas luces abusiva y, por ende, nula dado que no responde a una actuación de la entidad financiera que motive su aplicación careciendo de causa su imposición.

Esta nulidad se reconoce expresamente por la Circular del Banco de España 8/1990 en su Norma Tercera 1 bis apartado 3º que señala:

*“Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos...”*

En el presente caso, estipulándose la comisión de reclamación de posiciones deudoras como una comisión que se genera automáticamente tan pronto se constate algún impago de parte o todo de las cuotas de amortización sin que responda la citada comisión a una actuación de la entidad es evidente que vulnera la propia normativa bancaria citada.

Todo ello conlleva que la citada estipulación debió ser declarada NULA por incumplimiento de la normativa aplicable así como ABUSIVA de conformidad con el artículo 8.2 de la LCGC en relación con el artículo 82 y 89.5 de la LGDCU al imponer al consumidor gastos por servicios no efectivamente prestados. Esta NULIDAD apreciada de oficio por la juzgadora de instancia hubiera determinado la incorrección de la cantidad reclamada en el presente procedimiento lo que debió conllevar el ARCHIVO del presente procedimiento.

### 1. C) VENCIMIENTO ANTICIPADO

La Condición Sexta Bis del Contrato de Préstamo Hipotecario de fecha 1 de Marzo de 2005 dispone que: *“Podrá el acreedor declarar el vencimiento anticipado de la totalidad de lo adeudado por capital e intereses en cualquiera de los siguientes casos:*

*Por falta de pago en todo o en parte de una cualquiera de las cuotas, sea de amortización de capital o de intereses o comprenda ambos conceptos...”*

En el presente caso, mi representado suscribió en fecha 1 de Marzo de 2005 con la entidad Caja Murcia un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 120.000,00 euros (posteriormente ampliado en 12.000,00 euros más)

El capital a devolver por el ejecutado debía efectuarse en un plazo de 30 años mediante cuotas anuales con vencimiento entre los meses de Abril de 2005 y Marzo de 2035 (Estipulación Financiera 2ª)

Mi representado abonó, no sin grandes esfuerzos, las cuotas con vencimiento entre los meses de Abril de 2005 y Agosto de 2013 (101 cuotas).

Sin embargo, en el mes de Septiembre de 2013 dado el empeoramiento de su situación económica no pudo seguir haciendo frente a las obligaciones económicas derivadas del préstamo hipotecario suscrito por lo que no pudo atender el pago de las cuotas hipotecarias regularmente dejando de atender un total de 2.919,80 euros (6 cuotas)

Ante estos impagos la entidad ejecutante, lejos de buscar una solución a la situación, decidió dar por vencido anticipadamente el préstamo exigiendo a mi representado el abono del capital pendiente de vencer por importe de 130.058,23 euros de conformidad con la cláusula Sexta Bis del contrato.

Una vez dado por vencido anticipadamente el contrato de préstamo con garantía hipotecaria BANCO MARE NOSTRUM, S.A. interpuso la demanda de ejecución hipotecaria dando lugar a los presentes autos.

A la vista de lo anterior, la cláusula de vencimiento anticipado que fundamenta la cuantía de la ejecución es manifiestamente abusiva al no acomodarse la gravedad de la medida sancionatoria consistente en exigir el abono anticipado del importe de 130.058,23 euros de capital (283 cuotas mensuales con vencimiento entre los meses de Septiembre de 2014 y Marzo de 2040, esto es, con vencimiento prorrogado en el plazo de 26 años) con el incumplimiento del contrato llevado a cabo por la ejecutada (impago de 6 cuotas por importe de 2.919,80 euros).

Con el proceder de la entidad prestamista se ha ocasionado un evidente perjuicio a mi representado dado que el impago del 2,30% del capital del préstamo le ha supuesto la pérdida de su *“derecho a restituir el préstamo en el plazo inicialmente previsto”*

La cláusula Sexta Bis de la Estipulación Financiera del contrato suscrito es nula por abusiva al vulnerar lo estipulado en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que dispone:

*“... Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...”*

En el presente caso, la cláusula de vencimiento anticipado ocasiona en contra de la buena fe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor puesto que la gravedad de la medida – exigir la totalidad de las cuotas cuyo vencimiento estaba previsto en un plazo de hasta 34 años y 11 meses – es desproporcionada en relación con la gravedad del incumplimiento – impagar una sola cuota TOTAL o PARCIALMENTE

Por ultimo, señalar que no obsta a la declaración de abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que determina la improcedencia de la ejecución al no encontrarnos ante una deuda líquida, vencida y exigible, el hecho que la entidad prestamista, BANCO MARE NOSTRUM, S.A., hubiera esperado a que el ejecutado impagara más de una cuota del préstamo para proceder a dar por vencido anticipadamente el préstamo tal y como señala el reciente Auto de fecha 11 de Junio de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dispone:

*“2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter “abusivo” – en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la propia Directiva 93/13 – de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*

En este sentido se pronuncia, en aplicación de la jurisprudencia europea, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de Julio de 2015 y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de Noviembre de 2014 entre otras muchas resoluciones.

Todo ello conlleva que la citada estipulación debió ser declarada NULA por ABUSIVA. Esta NULIDAD apreciada de oficio por el juzgador de instancia hubiera determinado la incorrección de la cantidad reclamada en el presente procedimiento lo que debió conllevar el ARCHIVO del presente procedimiento.

#### 1. D) ANATOCISMO DE INTERESES ORDINARIOS

En la Escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de Abril de 2010 se dispone:

*“... Como consecuencia de la carencia citada, los intereses que devengue el capital objeto de carencia se acumularán y devengarán nuevos intereses...”*

Esta cláusula es NULA al no SUPERAR EL CONTROL DE TRANSPARENCIA PROPIAMENTE DICHO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN al que se refiere la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 (F.J. 225) que señala:

*“... En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:*

1. a) *Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*

2. *b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
3. *c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
4. *d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*
5. *e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor (...).*

A mayor abundamiento, la cláusula analizada es NULA POR ABUSIVA en el sentido previsto en el artículo 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios vigente a la fecha de suscripción de los contratos.

Y es que, la citada estipulación cuya nulidad se pretende, no negociada individualmente y sin ninguna transparencia, es contraria a la buena fe y causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de los contratos, tanto por el encarecimiento encubierto del préstamo como porque impone el pacto de anatocismo a los consumidores.

En relación con el anatocismo impuesto, es evidente que el mismo causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor atendiendo a la regulación legal del anatocismo, tanto en el artículo 317 del Código de Comercio como en el artículo 1.109 del Código Civil, que prevé que no se producirá salvo pacto en contrario. En este caso, tratándose de una condición general impuesta por la predisponente, es evidente que el pacto es inexistente.

Así mismo, este desequilibrio es contrario a la buena fe dado que en ningún caso podría entender Caja Murcia que tratando de forma leal y equitativa, en plano de igualdad, al consumidor, explicando correctamente las implicaciones jurídicas y económicas que supone el citado pacto, los demandantes hubieran aceptado este pacto anatocista (apartados 69 a 72 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2013)

A más inri, se enmascara al consumidores en una cláusula que les induce a creer que este pacto es beneficioso para ellos y como una ventaja a la que acogerse en caso de atravesar dificultades económicas, cuando lo único que persigue este pacto de anatocismo es encarecer enormemente el préstamo suscrito.

Un dato: Mi representada obtuvo de la entidad prestamista un capital por importe de 132.000,00 euros. Después de casi 10 años pagando religiosamente las cuotas mensuales, resulta que adeuda en concepto de capital pendiente de vencimiento un total de 130.058,23 euros. Es decir, en casi 10 años solo ha amortizado un total de 1.941,77 euros ABONANDO MENSUALMENTE CUOTAS DE UNOS 600 EUROS MENSUALES.

Así pues, resulta patente que la citada estipulación es NULA por ABUSIVA y que dicha ABUSIVIDAD debió ser declarada por el juzgador de instancia de oficio al despachar ejecución hipotecaria.

#### 1. E) TIPO DE INTERÉS DE DEMORA:

Dispone la Estipulación Primera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de Abril de 2010 lo siguiente: “... *El tipo de interés aplicable al préstamo para el supuesto de demora en las obligaciones de pago contraídas se determinará incrementando 25,00 puntos porcentuales al tipo de interés nominal que en cada momento resulte de aplicación ...*”

Esta condición general de la contratación es NULA por su carácter contra legem al vulnerar lo estipulado en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria que señala:

*“Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual,*

*garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso ...”*

Así mismo, la NULIDAD de esta cláusula POR ABUSIVA se fundamenta en la Disposición Adicional Primera apartado 3 de la Ley 26/1984 de 19 de Julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que considera cláusula abusiva:

*“...la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones...”*

Entiende esta parte que un tipo de interés de demora del 25% es desproporcionado por elevado, atendiendo a que supera en más de 15 puntos al tipo de interés ordinario pactado aplicando la cláusula suelo. Nulidad que debió ser analizada de oficio por el juzgador de instancia, sin que lo hiciera, lo que determina la NULIDAD

#### DEL AUTO DE DESPACHO DE EJECUCIÓN.

En definitiva, estas cláusulas son NULAS por ABUSIVAS independientemente de la conducta que haya llevado a cabo la entidad de conformidad con el Auto de fecha 11 de Junio de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y deben, por tanto, ANULARSE y expulsarse del contrato sin posibilidad de integrar las mismas y determinan que la cantidad por la que se ha despachado ejecución no sea correcta y debió SOBRESEERSE y ARCHIVARSE la ejecución hipotecaria instada.

No obstante, reiteramos, el juzgador de instancia no se ha pronunciado sobre la concurrencia o no de abusividad en las cláusulas citadas u otras que estimara el juzgador pudieran adolecer de nulidad por este motivo, lo que conlleva que el Auto de fecha 24 de Junio de 2015 sea NULO por vulnerar normas esenciales del procedimiento que pueden causar indefensión a la luz de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto a la obligación del juez nacional de apreciar o analizar la abusividad de las condiciones generales de la contratación en contratos suscritos por consumidores DE OFICIO.

#### **CUARTO.- PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES PROMOVIDA**

El artículo 562 de la Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil dispone:

1. Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución:...

3.º Mediante escrito dirigido al Tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada.

2. Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el Tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes. Cuando dicha nulidad hubiera sido alegada ante el Secretario judicial o éste entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello”

Y el artículo 225 de la Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil sanciona con nulidad de pleno derecho los actos procesales:

*“... 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión...”*

En el presente supuesto el Auto de fecha 24 de Junio de 2014 por el que se despacha ejecución a instancia de la entidad BANCO MARE NOSTRUM, S.A. no ha tenido en cuenta la incidencia que puede suponer la posible TITULIZACIÓN del crédito operada por las entidades prestamistas para

corroborar que la accionante sea la legitimada activamente para instar el proceso. De conformidad con el artículo 217 de la LEC la prueba de esta circunstancia corresponde a BANCO MARE NOSTRUM, S.A. que es quien tiene a su disposición todos los medios necesarios para justificar que el crédito ha sido o no titulado, tal y como circulariza la propia CNMV, siendo ésta una información a la que esta parte no puede acceder y que tiene una incidencia innegable en la continuación o archivo de la presente ejecución pues de haber sido titulado el crédito el Auto despachando ejecución adolecería de un defecto insubsanable, cual es que la entidad accionante carece de legitimación activa al no ser titular de la relación jurídica cuyo cumplimiento exige a mi mandante coercitivamente a través del presente procedimiento privilegiado de ejecución hipotecaria.

El despacho de ejecución a favor de persona distinta del verdadero acreedor del préstamo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española y en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea entendido como el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho a fin de no causar indefensión a los ejecutados que no pueden oponer derechos que le pudieran corresponder frente al verdadero titular del crédito y de la garantía hipotecaria.

Es más, la falta de legitimación al ser cuestión de orden público procesal debe ser apreciada de oficio por el propio Tribunal tan pronto tenga conocimiento de los hechos que den lugar a la carencia de legitimación del accionante y, en el presente supuesto, siendo un hecho de difícil / imposible conocimiento por mi representada, es la entidad accionante la que tiene que acreditar la realidad de la titularidad del crédito litigioso realizando el juzgador una actuación proactiva en defensa de la legalidad procesal y de los derechos de mi representada en calidad de consumidora, pudiendo instar pruebas de oficio tal y como sanciona reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras en la Sentencia de 9 de Marzo de 2010, C-137/2008)

En el presente caso, la cláusula Undécima del Contrato suscrito rubricada “Cesión del Crédito” en cuya virtud mi representada no ha tenido ni tendrá conocimiento de la posible cesión del crédito operada, es una cláusula abusiva, más si cabe en el caso que la entidad prestamista demandante haya transmitido el crédito y actúe en el presente proceso simulando su legitimación activa, de manera que es imprescindible que se adopten las diligencias precisas por parte del juzgador para asegurar la correcta constitución de las relaciones jurídicas procesales y la protección de los derechos de mi representada en calidad de consumidora.

En tal sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de Abril de 2014 en la que señala:

*“... Interpretando el art. 10 LEC, constante jurisprudencia (STS de 2 de abril de 2012, rec. n° 2203/2010, con cita de las SSTS de 30 de abril de 2012 y 9 de diciembre de 2010 ) viene considerando que la legitimación constituye un presupuesto procesal susceptible de examen previo al examen de fondo del asunto, de modo que la pretensión es inviable cuando quien la formula no pueda ser considerado “parte legítima ...*

*Este obligado examen de oficio implica que en el presente caso no constituya óbice que la recurrente planteara la excepción por vez primera en apelación...”*

En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000 que establece que:

*“Se considera al examinar la legitimación activa que la cuestión afecta al orden público procesal ...*

*“... Y de ahí, sobre todo, que la falta de legitimación “ad causam” se considere apreciable de oficio por los tribunales ... (SSTS 20-10-93, 1- 2-94, 13-11-95, 30-12-95 y 24-1-98 entre otras) ...”*

Nuestras Audiencias Provinciales se hacen eco de dicho parecer, confirmando la así denominada “jurisprudencia menor”. Se configura un núcleo ingente de pronunciamientos relativos al instituto



de la legitimación activa del que puede señalarse como esclarecedora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 6 de abril de 2006 que establece:

*“Como reseña la SAP Granada de 22-4-2005 “...La legitimación activa “ad causam” o falta de acción, es un presupuesto de fondo, que configura la propia acción, y que debe ser examinado por el juzgador como uno de los requisitos necesarios para la viabilidad de la misma, siendo así que tiene carácter de orden público, en cuanto puedan verse afectados derechos de terceros. ... exigiendo el principio de orden público, la presencia en el procedimiento de la parte a quién pudiera afectar (STS de 24 de mayo de 1986)...*

*Por constituir una cuestión de orden público ha de ser apreciada de oficio por los Tribunales pues estos pueden y deben estimar de tal forma la falta de acción del actor (SSTS de 30 de enero de 1970, 19 de enero de 1972, 4 de marzo de 1980, 15 de junio de 1987 y 13 de julio de 1992).*

*...Derecho que faltando, no existiendo, entraña ausencia de legitimación “ad causam”, que, incluso, ha de ser apreciada de oficio por el Tribunal (sentencias del T. S. de 20 de octubre de 1993 y de 24 de enero de 1998, entre otras)...”. En el mismo sentido AP Málaga, que remite a STS de 16-5-2000 [...]*

*Sobre la posibilidad de apreciación de oficio de la falta de legitimación activa, aunque como tal no la hayan planteado las partes, incide la doctrina jurisprudencial, al margen de la reseñada por el Juzgador a quo, entre otras muchas -por ejemplo-, TS de 20-7-2004 (que alude, entre otras a SSTS de 13-7-1995, 25-5-1997, 14-7-1997, 11-5-2000, 5-12-2000 y 11-4-2003) o STS 7-7-2004 (que remite a otras de fechas 4-7-2001, 31-12-2001, 15-10-2002, 10-10-2002 y 20-10-2003), etc...”*

Así las cosas, es un lugar común que la legitimación activa, por tratarse de una “questio iuris” –o cuestión de derecho– afecta al orden público y no bastan para iniciar o sostener un procedimiento las meras manifestaciones de quien lo alega, sino que ha de venir acreditada y probada su titularidad jurídica con el objeto litigioso cuya tutela se pretende del Tribunal, resultando ello una obligación para la parte y un deber para el Juzgador.

En igual sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en Sentencia de 27 de Octubre de 2008 en la que establece:

*“... resulta indudable que Jueces y Tribunales deben examinar de oficio el cumplimiento de los requisitos procesales de la demanda, ya que son de orden público y poseen carácter imperativo (STC 49/1989, de 21 de febrero, FJ 2; y ATC 514/1985, de 17 de julio, FJ 4); y que la recta aplicación de las normas de orden público es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes (SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 3; 40/1990, de 12 de marzo, FJ 1; 241/2000, de 16 de octubre, FJ 2; 87/2006, de 27 de marzo, FJ 4; 50/2007, de 12 de marzo, FJ 5; y 41/2008, de 10 de marzo, FJ 2)...”*

Tampoco se ha tenido en cuenta que la hipoteca que garantiza el crédito NO SE ENCUENTRA INSCRITA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD a favor de la entidad ejecutante, lo que debió conllevar inexorablemente el SOBRESEIMIENTO y ARCHIVO de las actuaciones de conformidad con el artículo 10 de la LEC.

Y, por último, tampoco se ha resuelto por el juzgador sobre el CARÁCTER ABUSIVO O NO de las condiciones generales de la contratación contenidas en los contratos suscritos, siendo obligación del juez nacional apreciar en cualquier momento el carácter abusivo de una cláusula contractual con independencia de los plazos procesales de conformidad con la Sentencia de 21 de Noviembre de 2001, Sala Quinta, C-473/00 asunto COFIDIS, S.A. en la que el Tribunal señaló que se opone al contenido y al espíritu de la Directiva 93/13 una normativa nacional que prohíba o impida al juez nacional – al existir un plazo de preclusión – declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en el contrato.

Concluyendo, en los presentes autos, careciendo la entidad accionante de legitimación para instar la acción ejecutiva iniciada y conteniendo el despacho de ejecución una OMISIÓN patente del análisis

de las cláusulas abusivas que contienen los préstamos hipotecarios suscritos procede que el juzgador a quo decreta la **SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO** requiriendo a la entidad ejecutante a fin de que informe sobre los extremos de la titulización del préstamo, y tras los trámites legales, decreta la **NULIDAD DEL AUTO DE FECHA 24 de Junio de 2014** mediante el que se despacha ejecución y, consiguientemente, la nulidad del procedimiento acordando el **SOBRESEIMIENTO y ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO**

En su virtud,

**SUPlico AL JUZGADO**, Que tenga por presentado este escrito y sus copias, por personado y parte al procurador que suscribe en nombre y representación de LORENA SADABA ESTEBAN y tenga por SOLICITADA:

– La **SUSPENSIÓN DEL PROCESO** a fin de que se informe por las sociedades gestoras y el banco ejecutante a este juzgado si el préstamo con garantía hipotecaria por el que se procede ha sido Titulizado.

– Y una vez atendido el anterior requerimiento, tras los trámites legales se dicte Auto mediante el que se **ACUERDE LA NULIDAD DE ACTUACIONES** planteada:

o Por **FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA** o Subsidiariamente, por **INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PROCESALES** o Y, subsidiariamente, por **OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTOS**

Acordando el **SOBRESEIMIENTO y ARCHIVO** del procedimiento con expresa condena en costas a la entidad **BANCO MARE NOSTRUM, S.A.**

Es de Justicia que pido en Orihuela a 9 de Noviembre de 2015

**PRIMER OTROSÍ DIGO**: Que dada la cuestión de orden público procesal relativa a la **FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA** de la entidad ejecutante al ser previsible que el préstamo objeto de ejecución haya sido cedido a un tercero tal y como ha expuesto esta parte en el ordinal PRIMERO de este escrito SOLICITAMOS que se requiera:

– A **BANCO MARE NOSTRUM, S.A.** para que en el plazo de 10 días aporte las anotaciones que consten en el Registro Contable Especial y el Libro Especial relativo al préstamo con garantía hipotecaria en cuya virtud se procede.

– A las **SOCIEDADES GESTORAS**

o Europea de Titulización, S.A. con domicilio en Calle Lagasca, nº 120, C.P. 28006 de MADRID

o Haya Titulización, S.A. con domicilio en Paseo de la Castellana, nº 143, 7º, C.P. 28046 de MADRID

o Intermoney Titulización, S.A. con domicilio en Calle Príncipe Vergara, nº 131, planta 3º, C.P. 28002 de MADRID.

o Titulización de Activos, S.A. con domicilio en Calle Orense, nº 69, C.P. 28020 de MADRID.

Para que en el plazo de 10 días informen a este juzgado sobre el préstamo hipotecario por el que se procede susrito en fecha 1 de Marzo de 2005 y novado el 22 de Diciembre de 2010 con garantía sobre la finca nº ——— inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Orihuela:

1º. Si consta en sus registros titulado el Préstamo con Garantía Hipotecaria que fundamenta la presente ejecución.

2º. En caso que haya sido titulado,

1. a) En qué fecha se produjo la titulización del mismo.
2. b) Nombre del Fondo de Titulización
3. c) Si la cesión del crédito se produjo por la totalidad del plazo remanente y de manera plena

- e incondicional.
4. d) Si fue titulado al 100% de su valor.
  5. e) Si la entidad cedente concedió algún tipo de garantía al cesionario o aseguró el buen fin de la operación.
  6. f) Si el Fondo de Titulización ha sido extinguido y, en caso afirmativo, en qué fecha se produjo la liquidación anticipada y si fue por el 100% de los activos remanentes del Fondo.
  7. g) Remisión de la documentación relativa a dicha titulización.

**NUEVAMENTE SUPPLICO AL JUZGADO:** Que tenga por efectuada la anterior solicitud y acuerde de conformidad con lo solicitado.

Por ser de justicia que pido, en el lugar y fecha “ut supra”

Emilia De Molina Díaz Abogada, Colegiada 5774 ICAGR

93 015 33 18 edemolina@estemabogados.es