


Notificat el:
Assumpte:
Autos:
Lletrat directe
Client:
Tribunal:

Secció Civil 13 Audiència Provincial Barcelona

Sección nº 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1- Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935673532
FAX: 935673531
EMAIL: aps.13.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120148026006

Recurso de apelación 365/2017 -5

Materia: Ejecuciones hipotecarias

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona
Procedimiento de origen: Ejecución hipotecaria 142/2014

Parte recurrente/Solicitante: [REDACTED] GARCIA
MORENO, CATALUNYA BANC S.A., [REDACTED]
Procurador/a: [REDACTED]
Abogado/a: [REDACTED]

Parte recurrida: KONTUR GRUP COMPANY, S.L.
Procurador/a: [REDACTED]
Abogado/a: [REDACTED]

AUTO Nº 75/2018

Magistrados:

- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

Barcelona, 10 de abril de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se han recibido los autos de Ejecución hipotecaria 142/2014 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador J [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED] GARCIA MORENO y [REDACTED] [REDACTED] contra Auto nº 2707/2014 y en el que consta como parte apelada CATALUNYA BANC, SA, y asimismo la procuradora F [REDACTED] en nombre y representación de KONTUR GRUP COMPANY 3000, SL"





Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"DECIDEIXO: Que he de desestimar i desestimo l' excepció de falta de legitimació activa formulada per part del Procurador dels Tribunals Sr. [REDACTED] en nom i representació del Sr. [REDACTED] i cal acordar la continuació d'aquestes actuacions d'acord a allò disposat anteriorment"

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 04/04/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado [REDACTED].

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La presente resolución impone partir de una serie de antecedentes obrantes en las actuaciones:

1) Por la entidad CATALUNYA BANC SA, como sucesora de CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA i CAIXA D'ESTALVIS DE MANRESA (f. 68 y ss), se insta la ejecución de la escritura de préstamo de 25.2.2000 (concertada por Caixa d'Estalvis de Catalunya) con garantía hipotecaria sobre la finca descrita en el hecho 2º de la demanda de ejecución, por 84.141'69 € (f. 15 y ss), frente a D. [REDACTED] García Moreno en reclamación de 85.631'83 € (comprensiva de capital pendiente de amortización, intereses ordinarios, e intereses de demora) según certificación intervenida por fedatario (f. 50 y ss) más otros 4.281'59 €, calculados para intereses y costas de ejecución sin perjuicio de ulterior liquidación, en base al impago de cuotas desde el 31.10.2012, que motivó la declaración de vencimiento anticipado (pactado en la póliza para, entre otros casos, por falta de pago de una cuota de intereses o amortización), habiendo sido notificado el saldo deudor a los demandados (f. 44 y ss).





2) Por auto de 26.3.2014 se despachó inicialmente ejecución conforme a lo interesado.

3) Por escrito de 28.10.2015 se interesó la nulidad del auto de 26.3.2014 con archivo de las actuaciones por "falta de legitimación activa de la ejecutante" al no acreditarse que el concreto crédito haya sido transferido a Catalunya Banc SA, máxime habida cuenta de las sucesivas "titulaciones" que se han llevado a cabo desde el año 2000, enumerando los Fondos de titulación constituidos por Caixa d'Estalvis de Catalunya y los importes nominales que aportó la misma a esos fondos de que tiene conocimiento, titulaciones que han seguido su curso; además, no estaba inscrita la garantía hipotecaria ejecutada a la fecha del despacho de ejecución (estaba a favor de CAIXA D'ESTALVIS CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA, no de CATALUNYA BANC), vulnera el art. 5.4 Ley 1/2013; falta de determinación de los cálculos que determinan la cantidad exigible y el auto no contiene declaración relativa a la abusividad de cláusulas del préstamo (intereses ordinarios, la referencia al IRPH, comisión por recibo impagado,, vencimiento anticipado).

4) Por providencia de 28.10.2015 se acordó no haber lugar al incidente de nulidad, al haber sido notificado el auto en 23.4.2014 sin que se formulase oposición en forma, conforme al art. 228.1 LEC.

5) En 18.4.2016 por los ejecutados se presentó escrito haciendo constar que el crédito había sido titulado el 26.11.2008 por Catalunya Caixa y transmitido a los bonistas titulares en el mercado AIAF al incluir el mismo como activo del "FONDO DE TITULACIÓN MBSCAT 1", por lo que CATALUNYA BANC SA no tenía legitimación activa, interesando el sobreseimiento de las actuaciones.

6) Por Auto de 27.7.2016, se desestima la falta de legitimación activa.

7) Frente a dicha resolución por los ejecutados se formula recurso de apelación reiterando la falta de legitimación activa de la ejecutante (se dice que el auto vulnera el art. 9 LEC) por cuanto la emisión del certificado de transmisión hipotecaria/participaciones hipotecarias equivale a la cesión del crédito y, subsidiariamente, frente a la inadmisión de la solicitud de análisis de la cláusulas abusivas

SEGUNDO. Se suscita la cuestión relativa a quién dispone de legitimación activa para instar los procedimientos de ejecución, en supuestos en los que los créditos hipotecarios hayan sido previamente titulizados, existiendo al respecto dos posturas: (1) quienes afirman que las entidades bancarias, tras haber procedido a la titulación de los créditos hipotecarios se han desprendido de la titularidad de los mismos y por lo tanto





carecen de legitimación activa (la participación implica la cesión del crédito, aunque en ocasiones se refiere a supuestos de "cesión *total* del crédito" incluidos los accesorios, como la garantía). (2) quienes sostienen que las mentadas entidades siguen gozando, por las razones estudiadas, de la oportuna legitimación para llevar a cabo por sí mismas los procedimientos de ejecución (*"el titular de la participación no por el hecho de suscribirla pasa a ser el acreedor hipotecario, sino que lo sigue siendo el "cedente", esto es, la entidad bancaria que emitió las participaciones que fueron suscritas por un Fondo de titulación de activos; en la titulización no se produce venta ni cesión de los créditos; la titulización es un instrumento financiero que no conlleva el desplazamiento de la titularidad de la garantía hipotecaria).*

TERCERO. El contexto normativo, lo constituyen, singularmente:

a) el art. 15 Ley de mercado hipotecario 81 (según redacción dada por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre), conforme al cual:

"Las Entidades a que se refiere el artículo segundo podrán hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera, mediante la emisión de títulos valores denominados participaciones hipotecarias.

No serán susceptibles de participación los créditos hipotecarios que sirvan de garantía a la emisión de bonos hipotecarios.

Dicha participación podrá realizarse al comienzo o a lo largo de la vida del préstamo concedido. Pero el plazo de la participación no podrá ser superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario ni el interés superior al establecido para éste.

El titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la Entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona. En este caso, el titular de la participación concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la Entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior. El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución.

Si el acreedor hipotecario no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, *el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación. Las notificaciones*





pertinentes se harán fehacientemente.

La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo.

En caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de emisión de la participación sólo será impugnabile en los términos del artículo 10, y, en consecuencia, el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación.

b) el art. 26 ("emisión") del Reglamento del Mercado Hipotecario (Real Decreto 716/2009), dentro de la *Sección 5.ª Participaciones hipotecarias*, conforme al cual:

"1. Las entidades a que hace referencia el artículo 2 podrán hacer participar a terceros en los préstamos y créditos hipotecarios de su cartera mediante la emisión de participaciones hipotecarias representadas por títulos nominativos o por anotaciones en cuenta.

2. En todo caso, cada valor se referirá a una participación en un determinado préstamo o crédito hipotecario.

La emisión de varias participaciones de un mismo préstamo o crédito podrá realizarse simultánea o sucesivamente, y en ambos casos, al comienzo o durante el plazo de vigencia del préstamo o crédito.

3. La participación confiere a su titular los derechos que se establecen en la ley y los que se expresen en aquélla.

El emisor conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo, abonando a los partícipes, incluso en caso de pago anticipado, el porcentaje que les corresponda en lo percibido del deudor hipotecario por concepto de capital e intereses de acuerdo con las condiciones de la emisión.

4. Cuando el titular de la participación sea una entidad de las mencionadas en el artículo 2, la porción del préstamo o crédito hipotecario incorporada a la participación se incluirá en la base de cómputo a que se refiere el artículo 24.1, siempre que la participación no sea computable como activo de riesgo de la entidad emisora de ésta con arreglo al artículo 27.3 y que el préstamo o crédito objeto de la participación resulte elegible de acuerdo con el artículo 3."

c) el art. 30 ("Acción ejecutiva"), del mismo Reglamento, a cuyo tenor.

"1. La ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el titular de la participación





hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora para la efectividad de los vencimientos de la misma por principal e intereses, según el porcentaje de participación y lo establecido en la emisión, siempre que el incumplimiento de tal obligación no sea consecuencia de la falta de pago del deudor del préstamo o crédito hipotecario participado.”

d) el art. 31 (“Facultades del titular)

“Si el incumplimiento fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, el titular o titulares de las participaciones tendrán las siguientes facultades:

a) Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria.....”

CUARTO. Esta Sala es partidaria de la segunda de las posturas: quien, como regla general, ejerce la acción ejecutiva hipotecaria, es el cedente o emisor, no el titular del crédito, cesionario, mandatario o apoderado, conforme a los referidos preceptos.

a) Desde el mismo momento que se cede el crédito se prevé que, en caso de ser necesaria la ejecución de la garantía, sea el cedente (la entidad bancaria) quien la lleve a cabo, en su función de administradora de dicho crédito.

b) Cuestión distinta es qué ocurre con el ejercicio subsidiario de la acción. Y es que los contratos de administración prevén expresamente, como es lógico, que pueda la sociedad gestora intervenir directamente en dos tipos de situaciones: (1) por un lado, cuando la entidad bancaria no inicie el proceso judicial, transcurrido un determinado plazo desde el requerimiento notarial o, en su caso, desde que la propia sociedad gestora le instruyera para hacerlo; (2) por el otro, cuando el proceso de ejecución sí se hubiera iniciado pero se quedase paralizado, en cuyo caso podría la sociedad gestora subrogarse en la posición procesal de la entidad.

En los supuestos en los que no se haya producido una cesión del crédito (sino sólo una emisión de participaciones sobre unos préstamos hipotecarios de los que el emisor es “titular”), tanto el crédito como su garantía hipotecaria accesoria no han cambiado en ningún momento de titular. Por lo tanto, no cabe duda de quién ostenta la legitimación activa para promover la ejecución hipotecaria; la entidad bancaria es la que puede poner en marcha el proceso.

Solo en el caso de que el titular no promueva la acción, el fondo puede: a) ejercitarla subsidiariamente: el artículo 30.1 del Real Decreto 716/2009, establece que la acción ejecutiva no sólo corresponde “a la entidad emisora”, sino también “al titular de la participación” de conformidad con el artículo 31, donde se regula el ejercicio de la acción de manera subsidiaria, en caso de inactividad por parte del banco emisor. b) el





artículo 30.2 prevé también una "acción ejecutiva contra la entidad emisora para la efectividad de los vencimientos", a favor del titular de la participación, para aquellos casos en que, no existiendo impago por parte del deudor hipotecario, la entidad bancaria no satisficiera al fondo los pagos comprometidos. Confirma esa titularidad del crédito para el banco emisor de las participaciones (y por ello su legitimación), el artículo 31.a del citado Real Decreto, por la facultad que otorga a la sociedad gestora: "Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria". Además de ello, en Junta de Magistrados de esta Audiencia Provincial, de 15.7.2016, para la unificación de criterios, se adoptó el siguiente acuerdo en materia de titulación: "la legitimación activa en procesos hipotecarios, en relación a participaciones hipotecarias aportadas a fondos de titulación, corresponde con carácter extraordinario al acreedor hipotecario (originario), por más que el titular de la participación hipotecaria en que se integra el crédito pueda "compeler" al emisor de la participación, en caso de impago del deudor, el ejercicio de la correspondiente acción ejecutiva. En caso de pasividad del emisor, el partícipe puede instar la acción por subrogación (artículo 15 Ley del Mercado Hipotecario y Real Decreto 716/2009)".

QUINTO. Consecuentemente, con desestimación del recurso, procede la confirmación de la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a los apelantes, al no apreciarse serias dudas de hecho ni de derecho sobre la cuestión debatida (arts. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA desestimar el recurso de apelación formulado por [REDACTED] de [REDACTED] García Moreno contra el auto de 27.7.2016 dictado en las actuaciones de que este rollo diman a, confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de las costas de esta alzada a los apelantes.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Afrega web per verificar: <https://ejusticia.gel>
Data i hora 03/05/2018 09:08

Signat per





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Afrega web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat	Signat per: [Redacted]
Data i hora: 03/05/2018 09:08	

Los Magistrados :

