

En una buena parte de las escrituras de los fondos de titulización, el cedente transfiere todo el negocio, o sea, el clausulado en su totalidad y el banco se subroga a mero administrador o “servicer”.

El pasado lunes uno de los abogados con el que colaboramos nos da un noticia. Una familia de Girona que buscó nuestra orientación cuando lo tenía todo perdido frente a Catalunya Bank y Anticipa (BBVA) ha recibido la sentencia 928/2018 del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Girona donde se anulan toda una serie de cláusulas abusivas del contrato.

El abogado de la familia presentó una demanda contra el Banco BBVA, sucesor universal de Catalunya Caixa, por las cláusulas: COMISIÓN DE APERTURA, COMISIÓN POR NOVACIÓN, CARGOS POR POSICIONES DEUDORAS, GASTOS POR CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA, VENCIMIENTO ANTICIPADO y cláusula de CESIÓN DEL CRÉDITO. En todas estas la Jueza falló contra el Banco. En el caso concreto de **la cláusula de cesión de crédito** fue más lejos y creemos que sentó nueva jurisprudencia en un pequeño detalle que hasta ahora nos había pasado por alto a la mayoría de las entidades que defendemos el tema de la titulización como arma de defensa frente a las ejecuciones hipotecarias.

La sentencia, se basa en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – LGDCU- (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) que en su artículo 3 define *consumidor y usuario*:

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Eso significa sencillamente que en el ámbito de los créditos hipotecarios esa familia era una consumidora a efectos jurídicos. Por esa razón, desde la perspectiva de la abusividad tenemos en cuenta lo dispuesto en la LGDCU que establece:

“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.”

Con estas premisas, la sentencia introduce los fundamentos de derecho sobre la cláusula de renuncia a estar informado de la cesión del préstamo. En la escritura del préstamo la cláusula 8 dice:

“CAIXA D’ESTALVIS DE CATALUNYA se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona natural o jurídica todos los derechos dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, el cual, al efecto, renuncia al derecho que le concede el artículo 149 de la Ley hipotecaria vigente”.

La entidad demandada – BBVA, sucesora universal- defiende su validez argumentando que la cláusula prevé la cesión del crédito, no la cesión del contrato, siendo así un pacto plenamente válido. La Jueza contra-argumenta que la ley ya provee la NO notificación por lo que es una incongruencia poner esa cláusula.

A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda que, en contra de lo que defiende la demandada, nos encontramos ante una cesión del contrato, ya que implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, como conjunto de derechos y obligaciones. Por consiguiente, como tal exige el consentimiento del cedido y no cabe cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión. Ello lo prohíbe expresamente el artículo 86.3 TRLGCU que considera abusivas por limitar los derechos básicos de consumidores y usuarios la “liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste”.

Además, si admitiéramos la tesis de la demandada no tendría explicación dicha previsión contenida en la cláusula impugnada, porque en base a los artículos 1.112, 1.528 y 1.878 CC y 149 LH no se requiere en la cesión del crédito el consentimiento del deudor cedido.

*Lo que se consigue, como ya sentó la Sentencia Tribunal Supremo núm. 792/2009, de 16 de diciembre, “es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (**extinción total o parcial de la deuda por compensación**) del Código Civil”. Sigue estableciendo dicha resolución que “**la renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido [...]**”.*

Incluso el TS lo entiende aplicable a la propia cesión del crédito hipotecario, reconociendo que aunque es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, dicho precepto no puede prevalecer por encima de la normativa especial en sede de contratos sujetos al TRLGDCU (texto refundido de LGDCU).

Por todo ello, dicha cláusula contenida en ambos préstamos debe considerarse nula por limitar los derechos propios del consumidor al no poderse beneficiar de este modo de las consecuencias que ocasiona la notificación de la cesión del contrato de préstamo.

Por todo lo expuesto, la cláusula 8 de renuncia a ser informado de la cesión resulta nula de pleno derecho.

¿Cesión de crédito o cesión de contrato?

Como se lee en nuestro subrayado de uno de los párrafos anteriores, la Jueza, afirma: “*..nos encontramos ante una cesión del contrato, ya que implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, como conjunto de derechos y obligaciones..*” Ahí es donde el abogado de la familia, Andrés Giordana, diferencia en su explicación entre cesión del crédito y cesión del contrato. Una cesión del crédito sería eso, ceder parte de los beneficios, a cambio de la entrega de dinero por el cesionario. es el supuesto negocio que cubre la figura financiera de la titulización. En este caso, la hipoteca de la familia fue cedida-vendida, al fondo FTA2015, propiedad de [Spain Residential Finance SARL](#), del grupo Blackstone y afincada en Luxemburgo – paraíso fiscal-, cuyo servicer o gestor de cobros es Anticipa. (2-3-4)


En general, en todas las escrituras de constitución de un Fondo de titulización, se estipulan las condiciones de traspaso del negocio crediticio del originador – jerga titulización- o vendedor -jerga comercial- (entidad financiera) al cesionario (Fondo). ¿qué se debe entender entonces por ***la transmisión de la relación contractual en su integridad de derechos y obligaciones?***

En el enrevesado mundo financiero y jurídico que representa la titulización, la transmisión contractual suele adquirir nombres del estilo “*Plan de negocio*” en el caso del FTA2015 (5) o “administración y custodia de activos” en RMBS1 Santander o “derechos conferidos al fondo” en el caso de FonCaixa9 Hipotecario de la Caixa. En todos los casos, el banco se convierte en un prestador de servicios al Fondo, modernamente, un Servicer, gestionando los cobros, las negociaciones, la intermediación y conservando la documentación con la copia hipotecaria ejecutiva. La escritura de todos los Fondos reflejan obligatoriamente esa nueva relación de prestaciones del servicer- banco- al fondo sobre:

- reembolso al Fondo de todas las cantidades devengadas en concepto de amortización de las disposiciones tomadas.
- reembolso de los intereses devengados de las primeras disposiciones.
- cualquiera de otros pagos realizados en razón de los derechos o bienes hipotecados en el remate, avales, etc.
- otros pagos derivados de las disposiciones como indemnizaciones, seguros, intereses de demora y otras comisiones del negocio financiero.

- y por supuesto, **MUY IMPORTANTE, el riesgo se transmite totalmente al fondo** y, en consecuencia, a los bonistas.

La entrega o transmisión del contrato se manifiesta, de tal modo clara, que todas las escrituras de fondos de titulización llevan otro apartado de la nueva relación contractual adquirida por el Banco respecto de los activos cedidos – participaciones PH y certificados hipotecarios CTH- que expresan su carácter de “servicers”:



d) A percibir cualquier otro pago que reciba "la Caixa" por las Primeras Disposiciones, tales como los derechos derivados de cualquier derecho accesorio a las mismas, como los derechos o indemnizaciones que le correspondan de cualquier contrato de seguro en relación a los bienes que estuvieran hipotecados en garantía de las Primeras Disposiciones, hasta el importe de lo asegurado y cedido incluyendo intereses de demora y cualquier otra comisión o suplido que corresponda a "la Caixa." -----

Es posible, una participación en el negocio hipotecario de un tercero sin que haya cesión del contrato. Sí! en las cédulas hipotecarias, que las hay en miles de millones medidas en fondos de titulización de cédulas en las gestoras.

Otra consecuencia muy importante de lo que estamos hablando tiene relación con la legitimación activa del cedente – banco.

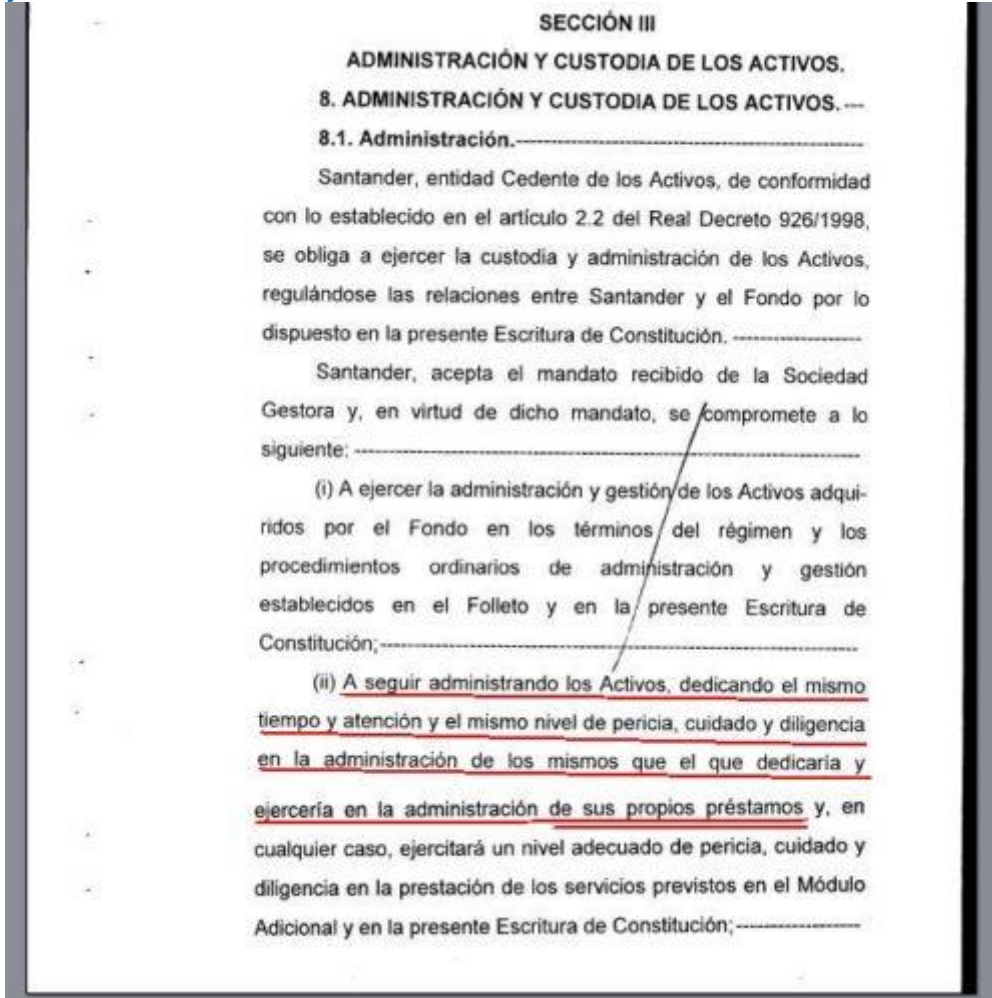
En la siguiente imagen de la escritura de constitución del Fondo, se explicita claramente que el banco dedicará el mismo mimo en la gestión de los CTH o PH que si fueran “propiedad suya”. Ahí lo dice..... el Banco certifica en la escritura que las hipotecas no son suyas. ¿Qué discusión cabe en los juzgados? [¿de qué discuten los magistrados de Audiencia y jueces de primera Instancia en BCN encabezados que las hipotecas son de los bancos](#)

y

no

están

cedidas?



Otras consecuencias del “*contrato secreto*” entre banco y Fondo de titulización que el deudor no conoce pero condiciona su contrato.

El contrato secreto no es otro que la escritura de constitución de la venta del activo del deudor – hipoteca- al Fondo. Si la cláusula, objeto de litigio en esta sentencia, por la que el deudor renuncia a conocer si su hipoteca ha sido vendida – cedida en la jerga- a un tercero, ES OBLIGATORIO QUE LA MADRE DE ESA CLÁUSULA TAMBIÉN ESTE EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DEL FONDO DE TITULIZACIÓN:

12. Notificaciones.

La Sociedad Gestora y el Cedente han acordado no notificar la cesión a los respectivos deudores. A estos efectos, la notificación no es requisito para la validez de la cesión de las Primeras Disposiciones ni para la emisión de los Certificados de Transmisión de Hipoteca. -----

Vamos a ver **otra conclusión** de toda esta larga exposición para explicar al lector de que estamos hablando. La cláusula anulada por la jueza se hace porque contraviene los derechos del consumidor: "*lo prohíbe expresamente el artículo 86.3 TRLGCU que considera abusivas por limitar los derechos básicos de consumidores y usuarios la -liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste-*". Esa vulneración de derechos del usuario también TIENE A SU CLÁUSULA MADRE, ESCONDIDA DEL IGNORANTE DEUDOR, EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DEL FONDO DE TITULIZACIÓN:

8.12. Facultades y actuaciones en relación a procesos de renegociación de los Préstamos.-----

La Sociedad Gestora habilita de forma general al Administrador para llevar a cabo renegociaciones, sin su consentimiento previo, en los términos y condiciones que se describen a continuación.-----

El Administrador no podrá cancelar voluntariamente las garantías de los Activos por causa distinta del pago del Préstamo, renunciar sobre éstos, condonar los Préstamos en todo o en parte o prorrogarlos, ni en general realizar cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de las garantías o de los Préstamos, sin perjuicio de que proceda a atender a otras peticiones de los Deudores con igual diligencia y procedimiento que si de otros préstamos se tratase.-----

No obstante lo anterior, el Administrador podrá transigir

05/2013



BS8546038

sobre los Activos en el sentido de poder aceptar por cuenta del Fondo daciones en pago de inmuebles que constituyen la garantía de los Préstamos con la limitación de que no se cause perjuicio económico al Fondo. En este supuesto, el producto de la

En este apartado de la escritura del Fondo, el banco, administrador, Servicer, se le impide cualquier clase de negociación con el deudor, ignorante de este *contrato secreto*, que no tenga el aval del Fondo. O sea, el deudor no puede negociar las condiciones de su contrato, que siendo un contrato entre iguales Sí tiene derecho, porque la otra parte es un “*correveydile*” de un tercero que permanece escondido tras el telón jurídico-financiero: El Fondo de titulización.

O sea, como dice la sentencia: *Por todo ello, dicha cláusula contenida en ambos préstamos debe considerarse nula por limitar los derechos propios del consumidor al no poderse beneficiar de este modo de las consecuencias que ocasiona la notificación de la cesión del contrato de préstamo.*

Consecuencias de esta sentencia que creemos pionera pues abre nuevos frentes de conflicto a la Banca

Hay otras consecuencias más allá de la anulación de la esmentada cláusula? Sí. Una primera que el abogado Andrés GIORDANA adelanta en su blog (6):

*Ahora el hecho de la existencia de esta cláusula, el banco reconoce que se trataba de una cesión de contrato. Y como la Ley de Defensa del Consumidor prohíbe expresamente a renunciar a derechos con antelación, la cláusula es nula por sí misma. Aunque el reglamento hipotecario español, lo consienta, este mismo reglamento está por debajo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los derechos básicos del consumidor..... Todo esto la verdad, **abre un abanico de batallas judiciales**, en las que las familias podrán tener más posibilidades de defender sus hogares contra las estafas bancarias.*

Si ha habido una venta de contrato, ¿que pintan los avalistas en esa nueva relación que se ha creado? Nosotros creemos que los avalistas como tales no podrían ser perseguidos de ninguna manera.

También abre la vía a considerar compensaciones económicas al deudor por los daños derivados de la transmisión del contrato hipotecario a un tercero y la misma sentencia abre esa posibilidad.

*Lo que se consigue, como ya sentó la Sentencia Tribunal Supremo núm. 792/2009, de 16 de diciembre, “es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (**extinción total o parcial de la deuda por compensación**) del Código Civil”. Sigue estableciendo dicha resolución que “**la renuncia anticipada a la notificación**, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), **merma los derechos y facultades del deudor cedido [...]**”.*

Así pues, vamos a afilar la punta del lápiz y con todos aquellos gabinetes de abogados que se presten a colaborar, podemos comenzar a crear esas nuevas armas jurídicas que esta sentencia abre. Esperamos poder cooperar en todo ello y especialmente preparamos para este otoño un debate público en nuestra sede que esclarezca a la luz de las investigaciones caminos de defensa jurídica.

salva TORRES, activista de 500x20

-
- (1) asociación 500x20, [Cómo actuar delante de Anticipa Real State: ¿ponemos una piedra en el zapato de Blackstone?](#).
 - (2) [scribd.com](#), [escritura constitucion](#) [FTA2015](#).
 - (3) Comisión Nacional del Mercado de Valores, [Fondo de titulización FTA2015](#).
 - (4) Ahorro y Titulización, [Fondo de titulización FTA2015](#).

(5) la escritura del FTA2015 es un compendio que hace legal un negocio de trileros entre CX, Frob, Blackstone y su cohorte de sociedades luxemburguesas que muestra las malas maneras en que se vendió el fondo hipotecario de CX poniendo como avalista final siempre al FROB, o sea, el dinero de todos los ciudadanos de este país. Esa venta, la de CX a Blackstone, en esas condiciones quiere decir que algunas personas relevantes del entorno sacaron suculentas comisiones del expolio. Les invitamos a que lean las 460 páginas que necesitaron para escribir todas las condiciones para no reventar en disputas ese negocio de ladrones.

(6) Andrés Giordana, [GANADA CESIÓN DE CRÉDITO CONTRA BBVA](#).