



Roj: SAP M 4059/2015 - ECLI:ES:APM:2015:4059
Id Cendoj: 28079370212015100097
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 21
Nº de Recurso: 516/2013
Nº de Resolución: 100/2015
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: ROSA MARIA CARRASCO LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoprimera
C/ Ferraz, 41 , 914933872/73 - 28008
Tfno.: 914933872/73,3872
37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0008948

Recurso de Apelación 516/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 89 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 199/2012

APELANTE: TITULACION DE ACTIVOS, SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULACION S.A.

PROCURADOR D./Dña. MANUEL LANCHARES PERLADO

APELADO: UNION DE CREDITO PARA LA FINANCIACION MOBILIARIA E INMOBILIARIA, CREDIFIMO, S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE ORBE ZALBA

IV

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL

ROSA MARÍA CARRASCO LÓPEZ

D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ

En Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil quince. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 199/2012 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 89 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandante-Impugnado: TITULACIÓN DE ACTIVOS SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULACIÓN S.A., y de otra, como Apelada-Demandada-Impugnante: UNIÓN DE CRÉDITOS PARA LA FINANCIACIÓN MOBILIARIA E INMOBILIARIA, CREDIFIMO ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO S.A.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª ROSA MARÍA CARRASCO LÓPEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 89 de Madrid, en fecha 4 de marzo de 2013, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda de juicio ordinario interpuesta por TITULACIÓN DE ACTIVOS, **SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULIZACIÓN**, S.A. (con representación de DON MANUEL LANCHARES PERLADO); frente a UNIÓN DE CRÉDITO PARA LA FINANCIACIÓN MOBILIARIA E INMOBILIARIA, CREDIFIMO, ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO S.A. (actuando por medio de DOÑA MARÍA-JOSÉ ORBE ZALBA) absolviendo a ésta de los pedimentos recogidos en el suplico de la Sociedad Gestora, con imposición a la segunda de la mitad de las costas devengadas en el proceso".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, admitido en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma e impugnó la misma, a lo que se opuso la parte contraria. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 27 de noviembre de 2014, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 2 de febrero de 2015.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La demanda iniciadora del proceso del que trae causa esta apelación fue presentada por TITULACION DE ACTIVOS, **SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULIZACION** S.A y TDA 28, FONDOS DE TITULACION DE ACTIVOS, sociedad esta última cuya capacidad para ser parte fue rechazada por el tribunal de instancia mediante auto de fecha 25 de enero de 2013, que no fue recurrido, por lo que fueron partes litigantes la sociedad primera identificada y la demandada, UNION DE CREDITOS PARA LA FINANCIACION MOBILIARIA E INMOBILIARIA, CREDIFIMO ESTABELCIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO S.A, en adelante, CREDIFIMO.

En la Audiencia previa no solo se planteó la falta de capacidad de la sociedad TD 28, Fondos de Titulación de Activos, sino cuál era **la cuantía del proceso, que quedó fijada en 163.741.864,40 euros**, importe que es reclamado por la actora a Credifimo a quien le reprocha haber incumplido las obligaciones contenidas en las estipulaciones 8 y 9 de la escritura de constitución del TDA 28, Fondo de Titulación de Activos.

La actora, TITULACION DE ACTIVOS, **SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULIZACION** S.A., **sociedad gestora de fondos de titulización** de activos, constituida en 1992 mediante escritura pública e inscrita en el Registro de Sociedades Gestoras de Fondos de Titulizacion de la Comisión Nacional del Mercado de Valores presentó demanda contra CREDIFIMO ejercitando acción indemnizatoria por incumplimiento de las obligaciones asumidas en las estipulaciones octava y novena de la escritura de fecha 18 de julio de 2007 por la que se constituyó el fondo de titulación (TDA 28, FONDO DE TITULIZACION DE ACTIVOS) y fueron emitidas y suscritas las participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipoteca y emisión de valores, créditos cedidos instrumentados en préstamos hipotecarios, para que fueran posteriormente emitidas participaciones y certificados hipotecarios al fondo TDA 28, siendo las cedentes de esos créditos la demandada, CREDIFIMO, y Caixa d'Estalvis de Terrassa ("Caixa Terrassa").

La razón, o como afirma en su demanda la actora origen de la controversia, surgió ante el impago de los créditos hipotecarios que fueron cedidos al fondo, en concreto, aquéllos de los que era acreedora hipotecaria CREDIFIMO, entendiéndose que ésta no había cumplido con sus obligaciones, conforme a lo convenido en las estipulaciones octava y novena, y al no proceder a subsanar lo que consideraba la actora "incidencias detectadas por TDA en un gran número de expedientes de los préstamos hipotecarios cedidos", y que habían sido integrados en ese fondo.

El incumplimiento que reprochaba era no haber concedido los créditos cedidos en la forma que había alegado y garantizado en un 97%; es decir, **no haber controlado de forma correcta el riesgo, incumpliendo los criterios de concesión que había garantizado se habían seguido para concederlos.**

Lo pretendido por la actora era y es que CREDIFIMO se haga cargo, de conformidad con lo pactado, de los impagos de los créditos hipotecarios al no haber subsanado según lo también convenido, y ello porque si bien el cedente no responde de la solvencia del deudor sí está obligado a responder conforme a la garantía otorgada porque atendiendo a la misma se había fijado cuál era el riesgo de la inversión. Y esa garantía era

haber concedido los préstamos hipotecarios según unos concretos criterios, habiendo comprobado a través del informe que aportaba que había incumplido, que *esos criterios no se habían seguido, lo que incrementaba "el riesgo de la inversión"* porque **los bonistas** de un fondo de titulización de activos hipotecarios **han de confiar en haber la entidad financiera concedido esos préstamos tras el oportuno "análisis de solvencia y de riesgo"**.

Esos criterios que afirmaba la actora no habían sido cumplidos eran los contenidos en el anexo séptimo acompañado a la escritura de constitución -mecanismos de originación-concesión: procedimiento concreto que debía seguirse, requisitos de documentos mínimos, y la concesión por un determinado órgano, competente según el importe del préstamo-; criterios que afirmaba en su demanda, remitiéndose al informe elaborado por Feliciano, no habían sido cumplidos, por lo que comprobado este extremo debió la demandada sustituir "la correspondiente participación y/o certificado relativa/o a los préstamos hipotecarios afectados por las incidencias detectadas por otra/o de características financieras similares en cuanto importe, plazo residual, tipo de interés, características del deudor e inmueble hipotecado y ratio saldo actual/valor de tasación, que debía ser aceptado por TDA y comunicado a las Agencias de Calificación", y no cumplida esta obligación debía por haberlo así asumido proceder a amortizar anticipadamente la participación y/o certificado de cada uno de los préstamos afectados mediante la devolución "en efectivo, tanto del capital pendiente de la correspondiente Participación y/o Certificado y los intereses devengados y no pagados hasta la fecha, como de cualquier otra cantidad que respecto a la participación y/o Certificado corresponda al Fondo", siendo ésta la obligación que exigía a través de la demanda al no haber atendido sus requerimientos.

Ante los incumplimientos relatados suplicaba que se declarara en primer lugar haber incumplido CREDIFIMO las estipulaciones 8 y 9 de la Escritura de Constitución de TDA 28, Fondo de Titulización de Activos, y se la condenara a amortizar las participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipoteca que se detallan en el documento número 32, aportado, y los gastos ocasionados como consecuencia del incumplimiento y en conexión con lo anterior que pagara a "TDA 28 la cantidad de 171.567.347 euros", cantidad que podría variar a lo largo del proceso y las costas (cantidad reducida en la Audiencia Previa).

CREDIFIMO se opuso negando que hubiera incumplido el contrato por el que cedió los créditos hipotecarios de los que era titular, afirmando que lo pretendido de contrario era desplazar el riesgo de solvencia/impago de los deudores en contra de lo dispuesto legalmente, amparándose en las estipulaciones octava y novena del contrato, lo que no era en ningún caso de recibo; estipulaciones que no habían sido incumplidas.

Niega que proceda en base a "un supuesto incumplimiento contractual de naturaleza meramente accesoria (no esencial ni grave) que vendría determinado por la ausencia de algunos papeles vinculados a los deudores de los créditos cedidos", imponerle la obligación de amortizar los créditos y pagar a TDA y TDA 28 el importe del principal, intereses y gastos ante el aumento de morosidad, intentando que sea ella quien soporte esa consecuencia derivada de la crisis económica actual, siendo el comportamiento de la actora contrario a la lógica como lo pone de manifiesto su actitud frente a la otra cedente y a ella, haciendo de lo reseñado en el anexo en relación con la documentación que exigía en su caso a los solicitantes de crédito para su concesión una cuestión esencial, cuando no lo fue al contratar como lo pone de manifiesto que no se le exigiera a CAIXA TERRASA, y sí a ella por haber sido más minuciosa en el anexo, al haber citado "ad exemplum" unos documentos que eran a título de referencia los que le serían aportados como medio o forma de comprobar la viabilidad del crédito que se iba a conceder, siendo lo relevante y lo que garantizaba que esos créditos, que fueron elegidos por la actora, se habían concedido como el resto.

Afirma haber cumplido con sus obligaciones conforme a lo convenido en la escritura de cesión porque lo que garantizaba eran "los criterios de concesión de préstamos hipotecarios", que se hacía un examen riguroso de solvencia, pero no que debiera aportarse una documentación mínima y solo esa, o únicamente la enumera "ad exemplum" y que lo era queda evidenciado de no exigir ninguna concreción sobre ello a la otra cedente Caixa de Terrassa; la documentación es cierto que es diversa porque lo fundamental era valorar la solvencia, el riesgo de impago, siendo a tal efecto relevante el procedimiento seguido para la concesión de los créditos, a los efectos de que pudiera valorarse cuál era la capacidad de pago y estabilidad laboral, y atendiendo a ello, acreditado a través de diversos documentos era como se concedían los créditos, tanto los cedidos como el resto; no siendo los requisitos documentales, a los que la parte les da ahora, pasados cuatro años, importancia, relevantes porque no son un mínimo a cumplir como pretende hacer ver la actora; lo fundamental era acreditar la capacidad de pago y estabilidad laboral, siendo varias las formas que eran admitidas.

La interpretación correcta de lo estipulado y lo indicado en el anexo, afirma la parte, pone en evidencia la improcedencia de lo alegado y pretensiones de la actora. Siendo la interpretación de la Sociedad actora improcedente

Tras hacer una referencia a cada una de las cuestiones alegadas de contrario en relación con el cumplimiento de las estipulaciones 8 y 9 del contrato, solicitó la desestimación de la demanda con imposición de costas.

SEGUNDO .- Celebrada la Audiencia pública y Juicio el tribunal de instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda. Pronunciamiento consecuencia de haber, partiendo de qué acción era la ejercitada y qué incumplimiento era el imputado, valorado la prueba comenzando por la interpretación de las cláusulas cuyo incumplimiento era la razón de la reclamación formulada contra CREDIFIMO, y siguiendo con la de los informes periciales aportados, para en base a ello rechazar la interpretación que hacía la actora porque lo garantizado por la cedente era haber concedido los créditos cedidos sin apartarse de los criterios ("normas DRAE") habituales de su protocolo "(intervención de cadena de profesionales y estudio de capacidad de pago mediante la aportación de documentos sustituibles)", porque admitirla sería retrotraer la cesión convirtiendo lo excepcional en general, porque excepcional era "la amortización o sustitución de un préstamo", según lo dispuesto en la estipulación novena.

No consideró de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1124CC, precepto al que entendía se remitía la actora, que "la sustitución de unos documentos por otros" constituyera "strictu sensu incumplimiento contractualmente relevante, y en, en todo caso, de constituirlo nunca dejaría de ser extremadamente parcial". Concluyendo después de hacer referencia a qué documentos no constaban y/o cuáles habían sido sustituidos, que "las garantías documentales ofrecidas en los distintos expedientes subsanaron la falta de expresos documentos cuya exigencia acumulativa por demás no resulta clara en el anexo 7, y en ningún caso formaba parte de los criterios "utilizados habitualmente por el cedente", en términos tales que, como se ha adelantado, salvo mejor criterio de la superior instancia, la demanda no puede recibir favorable acogida".

No obstante haber desestimado la demanda, absolviendo a la demandada CREDIFIMO, impuso a ésta la mitad de las costas siendo el motivo - fundamento segundo- haber contestado "a una demanda con litisconsortes activos" y no haber apreciado temeridad, artículos 394.3.1 y 394.3.II LEC .

La Sociedad gestora, la demandante, interpuso recurso de apelación e impugnó el pronunciamiento en costas la demandada, CREDIFIMO:

Recurso de apelación de "TITULIZACION DE ACTIVOS, SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULIZACION S.A" ("TDA").

La actora partiendo, así lo expone en el apartado "previo" de su recurso, de haber incumplió **la demandada** la declaraciones y garantías a las que se había obligado, porque **había concedido préstamos hipotecarios, cedidos, sin haber realizado un adecuado " análisis de la solvencia de los solicitantes "**, de lo que tenía que responder ella y no los bonistas, porque el interrogante que debía haber sido resuelto en la sentencia era quién tenía que soportar "las consecuencias de las actuaciones irresponsables de Credifimo", que consideraba era ésta última y no los bonistas, los inversores, quienes sí asumen un riesgo, el de impago, pero precisamente por ello deben respetar las entidades financieras que acuden al mercado de la titulización "las obligaciones contractuales que asumen y en especial, las garantías que han otorgado en relación con los préstamos hipotecarios titulizados" porque de lo contrario, asevera la parte, "la titulización podría dar lugar a abusos y a que fueran los inversores (los bonistas) y no las entidades financieras que concedieron los préstamo hipotecarios, los que sufrieran las consecuencias de los incumplimientos contractuales de estas últimas", no considerando que esto último sea procedente, y sería lo ocurrido atendiendo a lo resuelto por el tribunal de instancia que considera contrario al resultado de la prueba practicada.

Tras exponer en el apartado "previo" una serie de consideraciones doctrinales sobre qué son las titulaciones, quiénes las partes, cuáles sus fines, y cuáles las perversiones a evitar, y un breve resumen de la situación de hecho, en concreto la razón u origen de este proceso, que no es otra, como se indicaba ya en la contestación y sentencia, que los impagos de los créditos hipotecarios, lo que llevó a la actora a encargar a Feliciano que los revisara -préstamos cedidos seleccionados por la propia actora en su día, años atrás, cuatro en concreto- a los efectos de hacer una comprobación de los expedientes para saber, afirma cuál era "la causa de una morosidad tan elevada", comprobando según la interpretación que hacía la parte de la estipulación 8ª, que no había respetado la demandada "las declaraciones y garantías realizadas" por la propia CREDIFIMO, incumplimientos en más de un 97%. Incumplimiento que no fue subsanado incurriendo en otro más que es la obligación asumida en la estipulación novena.

Una vez concretado por la parte cuál era la cuestión litigiosa, y cuál su interpretación que no difería de la contenida en su demanda, expuso cuáles eran los motivos de apelación -páginas doce a la cincuenta y tres-, para concluir solicitando que fuera estimada su demanda dictando sentencia que declarara el incumplimiento de Credifimo de la estipulaciones 8 y 9 de la Escritura de constitución del TDA 28, y a que amortice las participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipoteca que se detallan en el documento número 1 que se acompañaba, al pago de los gastos ocasionados tanto a la sociedad gestora como al fondo TDA 28, y al pago de 160.352.630,74 euros "cantidad que podrá variar a lo largo del procedimiento" y al pago de las costas de la primera instancia; solicitando prueba, que fue denegada por auto de este tribunal fechado el 11 de octubre de 2013, confirmado por el de 13 de junio de 2014.

Los motivos en los que fundaba la partes las pretensiones de su suplico han sido textualmente los siguientes:

1.- "...INCORRECTA INTERPRETACION DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS PARA CREDIFIMO DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE TDA 28 y DEL FOLLETO".

2.- "DESDE EL PUNTO DE VISTA CONCEPTUAL, NO RESUELTA ADMISIBLE LA SUSTICUIION DE DOCUMENTOS ADMITIDA POR LA SENTENCIA APELADA".

3.- "LA SENTENCIA APELADA REALIZA UNA INCORRECTA VALORACION DE LA PRUEBA PRACTICADA, EN ESPECIAL, DEL INFORME PERICIAL EMITIDO POR BDO" porque no tiene en cuenta los incumplimientos que sí se incluyen en el informe de BDO, pese a que acepta "las conclusiones" del mismo pero sin valorar los aspectos que la desvirtúan. Y en última instancia porque considera que es el informe aportado junto a la demanda el que ha debido ser tenido en cuenta, acreditativo de las incidencias existentes en los expedientes, que ponen en última instancia, según la interpretación que hace la recurrente no solo del informe, sino del mismo en conexión con la previa de las estipulaciones octava y novena del contrato que incumplió las obligaciones y garantías asumidas.

4.- "LA SENTENCIA APELADA NO TIENE EN CUENTA EL FIN Y RELEVANCIA DE LAS GARANTÍAS OTORGADAS POR CREDIFIMO, GENERANDO ASÍ UN PRECEDENTE PELIGROSO PARA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO Y LA INVERSION EN ESPAÑA", motivo en el que partiendo de la existencia de error de interpretación de las obligaciones de CREDIFIMO y de la prueba, expone cuáles serían según la misma "las consecuencias" más allá del proceso, porque se estaría eliminando "la garantía que los bonistas tenían de que los préstamos hipotecarios que adquirirían habían sido concedidos conforme a lo declarado y garantizado" mandando con lo resuelto "un claro mensaje a los bonistas de TDA 28 y del resto de fondos de titulización sujetos a la ley españolas: (i) las garantías documentales otorgados por los cedentes no tienen eficacia; (ii) el alcance de dichas garantías depende de lo que el cedente interprete en cada momento, pudiendo ser esa interpretación distinta a lo que se desprenda literalmente del folleto; y (iii) el incumplimiento de las garantías no tiene consecuencias ya que los remedios previstos en la escritura no operan". Añadiendo a lo anterior que el Juez al resolver no habría tenido en cuenta la trascendencia "que dicho mensaje tiene para la seguridad del tráfico y la confianza de los inversores nacionales y extranjeros en los mercados españoles. Si el sistema español no es capaz de garantizar el cumplimiento de lo que está garantizado en un folleto de emisión de bonos, los inversores extranjeros (y por supuesto, nacionales) van a dejar de confiar en nuestro país como posible destino de sus inversiones".

5.- "EN CONTRA DE LO CONCLUIDO POR LA SENTENCIA APELADA, CREDIFIMO HA INCUMPLIDO LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCION Y EN EL FOLLETO, POR LO QUE PROCEDE QUE SE CONDENE A CREDIFIMO A AMORTIZAR LAS PARTICIPACIONES Y CERTIFICADOS AFECTADOS POR LAS INCIDENCIAS DETECTADAS POR Feliciano y A PAGAR TODOS LOS GASTOS QUE SU INCUMPLIMIENTO HA CAUSADO". Reproduciendo bajo este epígrafe lo ya expuesto a lo largo de su recurso tanto en el epígrafe previo como al desarrollar los motivos antes enumerados.

6.- COSTAS. Solicita si fuera estimado el recurso que sea condenada CREDIFIMO al pago de las costas de conformidad con el criterio del vencimiento regulado en el artículo 394.1LEC, y en todo caso si fuera desestimado el recurso entiende que "procede la revocación de la condena en costas impuestas a TDA en primer instancia y que una condena en costas en apelación resultaría improcedente" por haber actuado en defensa de los bonistas y reclamar exclusivamente a la demanda el cumplimiento de sus obligaciones, además de no deberse obviar que la cuestión planteada es "novedosa" y que no existen pronunciamientos judiciales previos.

Oposición de CREDIFIMO e IMPUGNACION del pronunciamiento en costas.

-OPOSICIÓN.

Solicita CREDIFIMO que la sentencia en cuanto absolutoria debe ser confirmada porque ha interpretado correctamente las estipulaciones octava y novena del contrato, y la prueba practicada, periciales; sin que la apelante hubiera probado, siendo carga probatoria de la misma, artículo 217LEC el incumplimiento que le reprochaba que debía ser referido préstamo a préstamo.

No siendo de recibo en ningún caso admitir la pretensión de que se declare al menos que incumplió en parte sus obligaciones, no solo porque ello no ha sido así, ni se ha probado sino porque en ningún momento fue ello lo afirmado por la recurrente, quien no probó sus alegaciones, no aportando siquiera prueba pericial, y tratando en esta alzada al menos que se reconozca un incumplimiento parcial pero eso sí sin concretar respeto de qué préstamos en su caso habría incumplido esas garantías y/o obligaciones.

A lo largo de la oposición no solo da respuesta a lo alegado en primer lugar, negando que las hipotecas concedidas por la misma puedan ser calificadas "de hipotecas basura" ni ser objeto de este proceso determinar quien haya de "soportar las consecuencias de un supuesto incumplimiento de lo declarado y garantizado", porque lo planteado es si en este caso concreto "se ha producido ese supuesto incumplimiento", lo que niega, no sentando, en contra de lo afirmado por la recurrente, la sentencia ningún precedente "muy peligroso" sino que interpreta, por tanto da seguridad jurídica, cuál es la distribución del riesgo en estas operaciones.

Expuesta su discrepancia en relación a la cuestión litigiosa, mostró su conformidad en las consideraciones doctrinales, sobre el sistema de titulación, pero eso sí insistiendo en dos cuestiones que él mismo es una forma de cesión de créditos en los que el cesionario realiza un negocio consistente en que, a cambio de asumir el riesgo del impago, adquiere una determinada rentabilidad, rechazando, eso sí, que él mismo sea utilizado para trasladar el riesgo de impago, porque fueron concedidos ignorando que fueran a ser cedidos, y que hubieran de ser elegidos por la actora, porque éste es dato relevante, quien eligió fue la parte actora, siendo lo garantizado que fueron concedidos conforme a los criterios seguidos por la entidad, es decir, conforme a los criterios de solvencia existentes, y ella cumplió lo que garantizó, cuestión distinta es el efecto provocado por la crisis, que ha sido la existencia de impagos, más aun en los créditos hipotecarios que concedidos fueron elegidos por la actora, sin que haya lugar a exigirle a ella responsabilidad por los impagos; lo pretendido por la actora es desplazar la responsabilidad por riesgo de impago a ella, cedente, a través de una interpretación incorrecta de las estipulaciones pactadas al no ser posible exigir a quien cede responsabilidad por el incumplimiento del cedido.

Afirma que la sentencia ha resuelto de conformidad con lo pactado y valorando de forma correcta la prueba practicada, testifical e informe pericial, el único aportado, que lo fue por su parte emitido por BDO, del que se deriva que los créditos fueron concedidos tras exigir la documentación habitual y suficiente para determinar la solvencia del deudor.

No niega que haya habido impagos en la cartera cedida, pero ello no es debido a incumplimiento alguno sino al grupo de personas a quien se le concedió porque han sido los más afectados por la crisis; lo que se comprueba revisando el listado de profesionales y perfiles personales, pero eso sí el riesgo era mayor pero mayor la ganancia porque eran intereses los pactados superiores a los de mercado. Siendo relevante tener en cuenta que fue la recurrente quien constituyó el fondo, lucrándose y quien seleccionó el perfil de las entidades cedentes y el de los prestatarios, optando por unos concretos préstamos que tenían "elevados tipos de interés", era ella quien tenía que valorar los riesgos del activo del fondo -RD 926/98-. Tratando ahora, años después, de desplazar su responsabilidad, su error de selección de la cartera de préstamos a la cedente, tratando de eludir lo previsto en la estipulación 6.2 del contrato; y por último negó en relación con lo referido a los bonistas que estos fueran cualesquiera personas, debían ser "inversores calificados" y lo eran conociendo los préstamos con todas sus circunstancias, percibiendo una importante retribución -las entidades financieras eran BEAR STEARS, CAIXA TERRASA Y EBN BANCO DE NEGOCIOS S.A- quienes se comprometieron a suscribir directamente por cuenta de terceros la totalidad de los valores emitidos.

En relación a *los motivos de apelación rechazó* que hubiera sido interpretado de forma incorrecta las estipulaciones octava y novena, en la que se fundaba el incumplimiento reprochado, reiterando que *no incumplió sus obligaciones*, que eran *haber concedido los créditos hipotecarios, cedidos, siguiendo el protocolo existente*, es decir, en la forma habitual según la cual se exigía la documentación que a modo de ejemplo se refería, la suficiente para acreditar la capacidad de pago y solvencia; no considerando que la interpretación de la cláusula octava fuera "ritual y sin sentido" porque no era una documentación cerrada, idéntica en todo caso y respecto de cualquier prestatario y/o avalista, sino que fuera la documentación necesaria para poder acreditar que tenía ingresos, porque lo que se garantizaba era que se había comprobado esa capacidad.

Ella mantuvo, y lo reitera en esta alzada, que conforme a lo pactado, cláusula 8.3.20, anexo 7, los documentos se podían sustituir siempre que tuvieran "contenido y fehaciencia equivalente", debiendo interpretarse la documentación en relación con cada caso concreto; lo que se debía probar quera que se había seguido el trámite y exigencias habituales; y ello no se ha desvirtuado.

Las estipulaciones fueron correctamente interpretadas en la sentencia, y no incurrido en error el Juez al valorar la prueba, que era la pericial, la única, que fue la propuesta por su parte. Y de la misma no se puede inferir incumplimiento alguno por su parte, además de no ser de recibo pretender imputarle incumplimientos no referidos a supuestos concretos, porque ni ha probado ni se ha preocupado de probar "qué documentación se pidió y en que medida falta en cada expediente", siendo lo esencial valorar la suficiencia o no de la documentación incorporada a cada uno de los expedientes.

Rechazando que la prueba aportada, que es el informe que no pericial de Feliciano pueda ser fundamento para derivar su incumplimiento, porque lo comprobado por dicha empresa fue de manera automática si en una fecha en cada expediente y en relación a cada prestatario avalista existían "3 recibos de nóminas, declaración de IRPF y comprobación de CIRBE, RAI, ASNEF y comprobación de renta residual de 575€", no preocupándose de ver qué información fue pedida al prestatario y avalista, ni si la información obtenida a través de la documentación se acreditaba la solvencia, no valorando tampoco la importancia de la documentación existente. Y que las estipulaciones contractuales, octava y novena hayan sido interpretadas de forma errónea, todo lo contrario, el Juez ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1281.2 , 1285 y 1288 Cc . ; habiendo cumplido el tribunal las normas legales sobre la interpretación de los contratos, debiendo atender a la literalidad, y a los actos coetáneos y posteriores de los contratantes, resultando por el contrario incompatibles los actos de la recurrente con su interpretación porque omite que esos documentos que ahora califica de esenciales no lo fueron cuando se constituyó el fondo y encargó la auditoria, habiendo podido solicitar a ERNST&YOUNG que revisara los documentos, comprobando si faltaba alguno que fuera esencial, cuando fue auditada la cartera cedida no quiso o no pudo revisar la documentación interna que fue facilitada, lo que pone en evidencia la no esenciales de los documentos en sí mismos, como tampoco exigió más concreción a la otra cedente CAIXA TERRASA quien en relación con estas obligaciones fuera inconcreta, porque lo que garantizó fue solo que había seguido los criterios habituales "exigiendo al solicitante "documentación económica y financiera" y acreditación de "solvencia y patrimonio del solicitante"; TDA conocía cuál era el perfil económico de los deudores, eran "medio-bajo", más arriesgo, pero no solo sabía eso sino que por ese perfil los tipos efectivos de Euribor eran superiores, oscilaban en los años 2005/2006 entre el 4,00 y el 6,87% cuando la media era entre 2,5% y 3,7%; la media ponderada de su cartera era de 5,14% (- anexo 5 de la escritura de cesión), ese mayor tipo suponía un mayor riesgo pero le aseguraba a TDA un flujo mayor de dinero al fondo, haciéndolo más atractivo para TDA.

Igualmente niega que pueda admitirse que ha habido un incumplimiento parcial, al menos, que sería el referido a 19 expedientes, en los que habría incidencias. Que hubiera incidencias no significa defectuosa concesión de los préstamos, además de deberse comprobar caso por caso a los efectos de llegar a tal conclusión.

Por último afirma que no ha tenido en cuenta el tribunal la prueba de la actora, lo que es inexacto sobre todo porque ninguna prueba hubo referida a cada uno de los expedientes; no acredita qué documentación falta en cada expediente y su valor o importancia; Feliciano examina los expedientes de forma mecánica sin valorar qué documentación existe, y qué finalidad. Hizo el documento que se le pidió sin ahondar en los expedientes.

-IMPUGNACION.

Impugna la sentencia en el pronunciamiento en costas, solicitando que le sean impuestas a la parte actora al haber sido íntegramente desestimada su demanda. Y ello conforme a lo dispuesto en el artículo 394LEC .

No habiendo lugar a repartir las costas por haber presen tado demanda no solo la Sociedad Gestora sino también el Fondo que gestiona la gestora. Opuso la excepción de falta de legitimación activa, que fue estimada al ser un patrimonio separado sin personalidad jurídica cuya representación legal la tiene la sociedad gestora del fondo; y fue estimada, no siendo de recibo imponerle a ella la mitad de las costas sin existir norma que ampare dicho pronunciamiento ni existen dudas de hecho ni de derecho por lo que deben serle impuestas todas las costas de la instancia a la actora, pero además ha sido la actitud de la misma la que ha generado gastos porque ha comunicado esta demanda a CNMV y a las empresas de rating haciendo que se desplomen los valores del fondo y perjudicándola gravemente.

Y por último porque en ningún caso es de recibo el razonamiento de la sentencia, de haber sido su contestación solo "a una demanda con dos litisconsortes activos"; pronunciamiento de no condena de todas las costas contrario a la regulación legal, artículo 394LEC .

La actora se opuso a la impugnación, remitiéndose en primer lugar a lo alegado en su recurso respecto del pronunciamiento en costas, que reitera, añadiendo que en todo caso existiendo dudas de "hecho y de derecho" no habría lugar porque según la parte es "un tema muy complejo por razón de la materia", presentando dificultades fácticas al analizarse la concesión de 1700 préstamos, y ser novedoso.

Tras reproducir lo argumentado en su recurso respecto del pronunciamiento en costas, se opuso a que fuera estimada la impugnación siendo el motivo haber no impuesto costas en el auto dictado estimando la falta de capacidad de TDA28, por lo que entiende que no cabe pretender ahora que se impongan las costas del proceso a ella, al ser firme aquella resolución. Solo puede ser condenada a satisfacer la mitad de las cotas causadas a Credifimo, la otra mitad correspondería a TDA 28, pero el tribunal resolvió que no habría costas a su cargo, no pudiendo ahora reclamar la demandada-apelada.

TERCERO .- La cuestión que le fue planteada al tribunal de instancia, que se reproduce en esta alzada a través del recurso de apelación interpuesto por la actora la Sociedad Gestora de los fondos TDA 28, no era un pronunciamiento extrapolable a otras situaciones que pudieran plantearse en relación a otros fondos de activos financieros; lo que se debía y se ha de resolver es un litigio concreto surgido a consecuencia de una actuación que se califica de incumplidora, incumplimiento que lo es de un concreto contrato, no constando que éste sea un modelo sobre el que este tribunal y esta jurisdicción se haya de pronunciar, como pudiera entenderse a través de lo alegado por la parte recurrente en relación con la posición de "los bonistas", y seguridad del mercado financiero.

La acción que ejercita la parte es la de "cumplimiento de contrato", por tanto los efectos de lo resuelto en este proceso lo es entre quienes contrataron, no siendo de recibo lo alegado tanto en el apartado primero de su recurso ni en la alegación o motivo cuarto, porque la cuestión a resolver no es "si los bonistas" tienen que soportar el riesgo del incumplimiento del contrato ni de que se estén cuestionando la validez de las cláusulas pactadas en los contratos por los que se constituyen los activos financieros; **el objeto de litigio es si CREDIFIMO incumplió sus obligaciones, dependiendo de ello que la acción de cumplimiento del contrato, que es la ejercitada por la parte, y que tiene su cobertura legal** , aunque no hiciera referencia a ella en su demanda, **en el artículo 1124CC** , tal y como se indica en la sentencia procede ser estimada.

Lo que solicitó y reitera es que, siendo válido el contrato, y válidas las estipulaciones suscritas entre las partes de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, artículo 1255CC , la demandada estaba obligada a responder de lo declarado y garantizado en la estipulación octava del contrato, lo que no había hecho, habiendo comprobado el incumplimiento, comprobación consistente en revisando los expedientes de los préstamos cedidos, previa elección por su parte, después de practicada la auditoria por ERNST & YOUNG que era no constar en todos los revisados la documentación que consideraba era "de mínimos" que debían de estar incorporados en los mismos, por ser eso lo declarado y garantizado por la demandada, y no solo había incumplido porque no estaban todos los documentos reseñados en el anexo 7 que se incorporó a la escritura, al que se remitía la estipulación 8ª, sino porque además no subsanó conforme también a lo pactado. Y lo que debía resolver el Juez de instancia era si CREDIFIMO, no otras cedentes de créditos hipotecarios, ni siquiera la otra que fue también parte en él mismo CAIXA TERRASSA, cumplió o no. Y este tribunal ha de dictar sentencia ajustándose a lo que dispone el artículo 465LEC , es decir, dar respuesta a los motivos de impugnación contra lo razonado en la sentencia de instancia, desestimatoria de la acción de cumplimiento, previa declaración del incumplimiento de las estipulaciones octava y novena del contrato suscrito el 18 de julio de 2007 ; comprobar si el tribunal de instancia ha valorado correctamente o no la prueba practicada, comenzando con la interpretación del contrato que se afirma no cumplido por la parte demandada, Credifimo, siendo por ello que le exige que cumpla en los términos que acordaron, contenidos en la estipulación novena.

Procede añadir que ni lo novedoso o no del contrato (no se ha de confundir novedoso con expansión de esta actividad porque se conoce la titulización de activos financieros desde el año 1970, que tuvo lugar la primera en Estados Unidos; cuestión distinta es su expansión, y auge, mayor a partir del año 2000, en concreto aquí, en España, donde es un fenómeno eminentemente bancario, pudiéndose afirmar que más del noventa por ciento de las titulizaciones ha sido originado por entidades de crédito vendiendo sus activos a fondos de titulización, pero también vendiendo pasivos bancarios que posteriormente se titulizan) ni la complejidad de la materia ha sido cuestión litigiosa, ni es motivo de recurso porque el tribunal de instancia no ha resuelto en contra de lo admitido por las partes en relación a como se constituyó el fondo, y quienes fueron las partes

que intervinieron, siendo hecho admitido que la demandada-apelada, CREDIFIMO, intervino en la constitución cediendo préstamos no vencidos, por un saldo inferior a la otra cedente que fue CAIXA TERRASSA, préstamos -estipulación tercera de la escritura 18 de julio de 2007- hipotecarios que estaban incluidos en la cartera provisional de préstamos hipotecarios de los cedentes "seleccionada a 12 de junio de 2007 para su cesión al fondo" y sobre la que se había llevado a cabo "la verificación de una serie de atributos, mediante una auditoría elaborada utilizando técnicas de muestreo", que fue realizada conforme, hay que añadir, a lo que fue solicitado por la Sociedad Gestora, por Ernt & Young s.l; los préstamos se transmitieron mediante la emisión de certificados de transmisión de hipoteca, abonando el precio convenido.

En ningún momento se ha cuestionado el contenido de lo convenio, ni tampoco que la cedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.529Cc y 348Código de comercio , a los que se hace referencia en la estipulación 6 del contrato estaba obligadas a responder solo de la existencia y legitimidad de los préstamos hipotecarios que cedían y de las participaciones y certificados emitidos; añadiendo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255CC -autonomía de la voluntad de las partes- que esa responsabilidad concretada a la existencia y legitimidad lo sería "en los términos y condiciones declarados en la estipulación 8 siguiente".

En la estipulación 8, bajo el enunciado de "DECLARACIONES Y GARANTÍAS" se dispuso que cada uno de los cedentes -CREDIFIMO y CAIXA TARRASA, como titulares de sus respectivos Préstamos Hipotecarios, declara y garantiza al Fondo, y a la Sociedad Gestora, respecto a sí mismo, a las Participaciones y los Certificados que emiten y respecto a los Préstamos Hipotecarios que sirven de cobertura de las Participaciones y los Certificados emitido por cada uno de ellos que, a la presente Fecha de constitución; y en lo que a este proceso interesa - préstamo hipotecarios", en el apartado 8.3 de dicho acuerdo, se contienen una serie de declaraciones entre ellas las referidas a la existencia, validez y ejecutividad de los préstamos hipotecarios cedidos, indicándose que es la cedente titular de todos los créditos sin que existiera impedimento alguno para que pudieran emitirse las Participaciones y los Certificados representativos de los Préstamos Hipotecarios, y que todos los datos de esos préstamos, incluidos en el anexo 4, reflejaban correctamente la situación de los mismos a la presente fecha de Constitución, tal y como está recogida en los ficheros informáticos enviados de dichos préstamos y que dichos datos son correctos, completos y no inducen a error; son cuarenta declaraciones que se hacen, garantizando la demandada la exactitud de las mismas, lo que no se discute salvo la número 20, que es en la que funda la parte demandante/apelante su acción de cumplimiento.

En la referida **estipulación octava, se declara que los préstamos hipotecarios "han sido concedidos según criterios de mercados -apartado décimo-octavo-, que ninguno de los cedidos lo ha sido "a sus propios empleados"**, y en el **apartado vigésimo se dice** :

"Que los cedentes han seguido fielmente los criterios contenidos en el documento titulado "Memorandum Interno sobre Concesión de Préstamos Hipotecarios " que se describe en el Folleto y que se Adjunta Como Anexo 7 a la presente Escritura, siendo los utilizados habitualmente por el Cedente en la concesión de Préstamos Hipotecarios y son legales ".

Y en el **anexo 7, (CREDIFIMO)** , se indicaba cuál era el mecanismo de "originación-concesión " de los préstamos, que incluía cuál era el proceso que se seguía, requisitos documentales, órganos de decisión, criterios de delegación y autonomía:

En primer lugar describía el proceso de concesión, indicando cuál era la actividad de la demandada -"financiación de clientes particulares, principalmente la adquisición de viviendas y, en grado menor, financiación de consumo", centrándose su actividad "en la captación de operaciones de financiación de ventas que se realicen a través de las agencias inmobiliarias. Para lo cual se han designado Delegados de zona que visitan y asesoran a una serie de agencias. Basándose en esto, el procedimiento de concesión de préstamos hipotecarios o personales es el siguiente:

El agente inmobiliario hace llegar a un delegado de zona el expediente de solicitud con toda la documentación justificativa de ingresos y la documentación necesaria según el tipo de operación.

El delegado de zona, si considere viable el expediente, una vez hechos los cálculos de la capacidad de pago y de la estabilidad laboral de los solicitantes, presenta el expediente a su jefe comercial.

El jefe comercial estudia la viabilidad de la operación, proponiendo al delegado de zona y a la agencia inmobiliaria los refuerzos(avales, documentación adicional, garantías reales, adicionales, etc) cuando lo considere necesario. Cuando el expediente esté adecuadamente montado y sea considerado viable por el jefe comercial, se presenta al Departamento de riesgos constituido por un jefe de riesgos y seis analistas con distintos niveles de atribución, teniendo el Subdirector General el poder de decisión último. Si el comité de

riesgos considera el expediente es viable, una vez examinados el informe y la documentación emite un acta de decisión firmada y fechada. En caso de no ser viable el expediente se rechaza o se proponen refuerzos y no pasa a tramitación.

A continuación en el apartado 1.2 indican "requisitos documentales"

-Solicitud de préstamo cumplimentada.

-Tasación.

-Título de propiedad y nota de registro de la finca a hipotecar.

-Justificante de ingreso de los titulares y avalistas".

"Asalariados

-DNI

-Tres últimas nóminas.

-IRPF si tienen obligación de declarar".

"Autónomos: dada la dificultad de obtener los ingresos de este tipo de clientes se podrán extraer y calcular de los siguientes documentos IRPF (anual y/o pagos fraccionados) o justificantes de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social".

Incluyéndose en el apartado 1.3 cuáles eran los órganos de decisión, con indicación de los niveles de autorización, y comité de riesgo, incluyéndose cuál era la duración media del proceso, y gestión de morosos, concluyendo con el procedimiento de fallidos (folio 392).

CUARTO .- Lo primero que ha de resolverse es si como afirma la parte recurrente la demandada, CREDIFIMO, incumplió la estipulación octava, porque solo en este caso habrá que examinar el incumplimiento de la siguiente, la novena, porque éste está vinculado al primero que se alega por la parte apelante.

Reprocha la apelante/demandante al tribunal de instancia no haber interpretado lo pactado conforme al criterio gramatical, es decir, siguiendo la literalidad total de la estipulación octava, lo que infringiría las normas tanto contenidas en el Código Civil como Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo.

No ha sido ni es cuestión debatida que las partes contratantes podían de conformidad al principio de autonomía de la voluntad de las partes -no se niega en la sentencia que rija en esta materia y menos aún en este contrato-, artículo 1255CC , pudieran regular las consecuencias de la responsabilidad contractual.

Ni la autonomía de la voluntad de las partes ni tampoco la relevancia que tienen las garantías asumidas por las partes ha sido ni es cuestión litigiosa ni negado en la sentencia de instancia, lo que se ha afirmado es la inexistencia del incumplimiento reprochado una vez comprobada cuál era la literalidad de las cláusulas que se afirman infringidas, su trascendencia y fundamentalmente cuál era la intención de las partes, y la finalidad de las mismas.

Lo que se discute es cuál fue la obligación y garantía declarada por CREDIFIMO . Entendiendo la actora que era haber exigido una concreta documentación a los solicitantes de créditos hipotecarios, porque solo así puede entenderse que derive el incumplimiento de la existencia en los expedientes de unos concretos documentos, siendo esto lo que fue examinado por Feliciano , así se recoge en sus informes, a quien se le encargó por la actora/apelante que revisara "determinada información referente a los derechos de crédito" que se habían integrado en el fondo, TDA 28, no haciendo ninguna valoración, sino comprobando si en los expedientes había una determinada documentación, en concreto la referida en el Memorandum, anexo 7, aportado por la demandada.

De entrada ha de indicarse que en ninguna de las cláusulas pactadas, y en concreto en la octava se incluyó a cargo de CREDIFIMO que ésta respondería del impago de los créditos hipotecarios, éste era y es el riesgo que la misma ni por disposición legal ni por pacto asumió. Lo que sí asumió, y así lo reconoce la parte demandada, era, en relación a los créditos hipotecarios cedidos haber actuado en la forma habitual, es decir, no haber concedidos dichos créditos sin atender a la solvencia; la propia parte actora en su demanda indica que la razón de ser de la cláusula octava era "haber seguido los criterios de concesión de préstamos" que había declarado y garantizado, es decir, **lo que se le reprocha por la actora, página 3 de su demanda, es no haber llevado a cabo "el proceso de evaluación de solvencia de los solicitantes con anterioridad a la concesión de los préstamos hipotecarios que declaró haber realizado "**. En definitiva lo que reprochaba era *no haber controlado debidamente "la solvencia" de los deudores* , al conceder los créditos, derivando

ésta de la comprobación de los documentos que se incluían, comprobándolos la entidad contratada por la recurrente (Feliciano) quien revisó en los expedientes si estaban los documentos o no, todos, que se indicaban en el memorándum, pero eso sí, sin constar en autos qué expedientes eran, y que documentos, sí existían, a los efectos de poder evaluar por este tribunal que se había incumplido **la garantía**, que cabe indicar **no era de que se aportaran unos concretos documentos sino de haber concedido los créditos atendiendo "al criterio de solvencia" porque esto era y es lo relevante**, y *eso sí, criterio de solvencia a evaluar cuando se concedieron los créditos, no atendiendo a lo acontecido con posterioridad* por razón de la crisis, generadora de que situaciones aparentemente estables hayan dejado de serlo -hecho notorio-, e igualmente habría de valorarse en relación a ese criterio, qué créditos fueron los elegidos, porque el mayor o menor riesgos asumido vendría determinado por el cliente, y en relación con la mayor o menor rentabilidad, porque no debe olvidarse dos puntos al resolver, primero, que los créditos fueron no elegidos por la demandada y que hubo una auditoria previa con el contenido mínimo que exige la norma, pero que pudo ampliarse, atendiendo al mayor riesgo por razón del perfil del deudor.

El Código civil dispone que la interpretación de los contratos, de sus cláusulas, será literal cuando sus términos "son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes", y "Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas", artículos 1281, párrafos primero y segundo, siendo supletorio del segundo lo dispuesto en el artículo 1282CC que literalmente dice "Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato"; disponiendo la jurisprudencia en todo caso, que no debe detenerse la interpretación de los contratos, la literal, en el sentido riguroso o gramatical de las mismas, sino que ha de indagarse en cuál es la intención de las partes, en el espíritu y finalidad que haya presidido el negocio.

No se ha negado, todo lo contrario, por la demandada que no siempre la documentación aportada era la reseñada en el memorándum, pero de ello *no se puede concluir afirmando que no se siguió por la demandada los criterios de concesión*, en concreto como se afirma por la recurrente, página 15 del recurso, "*los relativos al análisis de la solvencia y capacidad de pago de los titulares y avalistas*"; a través de esta frase de la recurrente queda evidenciado cuál era la garantía que otorgaba la demandada, haber otorgado el crédito atendiendo a cuál era la capacidad de solvencia y capacidad de pago de los titulares; y **la cuestión es** no si los documentos reseñados en el memorándum fueron los aportados, sino **haber otorgado los créditos sin evaluar esos criterios, o infringiéndolos**, es decir, **concediendo créditos a quienes podrían no ser solventes**. Es cierto, que la solvencia al menos aparente se comprueba a través de documentos, pero el interrogante será si solo mediante los reseñados, y todos ellos aportados de forma acumulativa, o por el contrario podían ser sustituidos por otros de igual o similar valor. En definitiva, si la demandada se obligó a responder cuando unos determinados documentos no se hubieran aportados o no se hallaran en los expedientes. Y la respuesta es negativa, porque no era esto lo que garantizó, no garantizó que exigiría unos documentos, sino que el deudor tuviera solvencia, al menos, para pagar la cuota del préstamo a la que se había comprometido, porque el riesgo no es otro que el impago.

A qué se comprometió la parte demandada. La estipulación octava, ya transcrita, dice en relación a los créditos cedidos, hipotecarios, - **estipulación 8.3.20**, folio 118- que "**los Cedentes** -utilización del plural porque no solo lo era CREDIFIMO- **han seguido fielmente los criterios contenidos en el documento titulado "Memorandum Interno sobre Concesión de Préstamos Hipotecarios"** que se describe en el Folleto y que se ajunto como Anexo 7 a la presente Escritura, **siendo los utilizados habitualmente por el Cedente en la concesión de Préstamo Hipotecarios y son legales**"; de la lectura de esta estipulación queda evidenciado primero que *el criterio* habría de ser el "*utilizado habitualmente por el Cedente*", lo que *no se ha probado haya sido incumplido*, es más, ni siquiera se dice que no haya sido así, ni se concreta en qué expedientes, siendo la concreción fundamental, no siendo razón el número de expedientes porque no es de entrada admisible pretender derivar un incumplimiento esencial a través de porcentajes, y sin concretar respecto de cada uno de los abiertos para evaluar la solvencia del deudor, a quien se le concedió, cuál fue el criterio seguido, y su confrontación con el habitual, porque lo que debía evaluarse era "la solvencia" y "estabilidad", es decir, que a la fecha en la que se concedió si tenía solvencia para pagar las cuotas del préstamo.

Es cierto que se remite al "memorándum Interno", que no es él mismo para todos los cedentes; el de CREDIFIMO, folios 390 al 392, pero en él no solo se indican qué documentos habrían de ser examinados, y por tanto previamente aportados, para resolver sobre la solvencia; el memorándum, no es solo el apartado "Requisitos documentales", que no está redactado de forma acumulativa, sino que enumera cuáles serían los que debían ser aportados, pero no consta que todos ellos y solo ellos, o nada más que esos documentos.

La literalidad debe afectar a todo el memorándum, no solo a una parte del mismo como pretende la parte, quien más que tener en cuenta la literalidad, lo que valora e interpreta es el contenido gramatical de las palabras que identifican los documentos a aportar; cuál es el significado de las palabras no se discute, no hay litigio en qué significa solicitud, tasación, título de propiedad, justificantes de ingresos de los titulares y avalistas, D.N.I, tras últimas nóminas, I.R.P.F, etc, son términos claros; pero de ellos no se infiere cuál era el criterio seguido y que no debía ser alterado, para saberlo se ha de examinar esa aportación de documentos y órganos de decisión en relación con el apartado primero en el que se indica cuál es el proceso seguido para conceder los créditos, entre ellos los cedidos, siendo lo relevante que fuera viable, lo que se comprobaría, para lo que debería contener el expediente "toda la documentación justificativa de ingresos, y la documentación necesaria según el tipo de operación" y hechos los cálculos sobre la capacidad de pago y de la estabilidad laboral de los solicitantes, se presentaba al jefe comercial". El interrogante es si los créditos fueron concedidos siguiendo ese proceso, y por tanto si eran o no viables tras examinar "el informe y la documentación", documentación que debía ser aquella que acreditara "la viabilidad" es decir, que se pagaría el crédito.

Conforme a dicha exposición es como ha de ser valorada la referencia a la documentación a la que se hace referencia en el apartado 1.2 del mecanismo de originación-concesión, de los préstamos por parte de la recurrente. No se niega por la demandada que no en todos los expedientes constaran todos y cada uno de los documentos referidos, pero sí, que todos los aportados, esto es lo que afirma, eran suficientes para comprobar la solvencia, es decir, la viabilidad. Y esto era lo que garantizaba la parte.

El artículo 1281Cc no se ha infringido porque los términos de la estipulación no son solo los referidos a los documentos, y como se ha indicado, se reseñan documentos pero no se indica en ningún momento la exigencia de que se deberían aportar todos ellos en todos los expedientes, ni que fueran exigibles todos al deudor y al avalista.

Ni siquiera el sentido literal del apartado referido a los requisitos documentales permite concluir afirmando que no ha cumplido la demandada la obligación de garantía asumida, porque la literalidad exige comprobar si el relato es conjuntivo o disyuntivo, o "ad exemplum", y nada de esto consta, en relación a los documentos, basta con leer ese apartado para comprobarlo; se indica que habrá de aportarse la solicitud de préstamo, tasación, título de propiedad y nota de registro de la finca a hipotecar, añadiendo "justificante de ingresos de los titulares y avalistas", y continúa diferenciando entre asalariados, indicando uno de los documentos para el supuesto de que tuvieran obligación de declarar -IRPF- y autónomos, comprobando que a través de todos esos documentos, que no incluyen todos a los que hace referencia la parte -registros de ASNEF por ejemplo- lo que debía valorarse era la capacidad de pago y/o endeudamiento que tenía el solicitante de un crédito hipotecario. Siendo esto lo relevante a comprobar; que es éste el compromiso se evidencia de exigir otros documentos que se afirma no existían en todos los expedientes, no referidos precisamente en este listado.

La cuestión por tanto no era si todos y cada uno de estos documentos estaban en los expedientes, sino haber concedido los créditos atendiendo a los criterios habituales de viabilidad seguidos por CREDIFIMO. Y esto no se ha probado que no se hiciera, porque no cabe identificar él mismo con los documentos.

Procede añadir que los términos literales no eran suficientes para poder concluir afirmando como pretende la recurrente el incumplimiento de CREDIFIMO, porque esos términos literales/gramaticales no permiten llegar a dicha conclusión; siendo relevante, fundamental, la intención de los contratantes, porque tal y como se declara por el Tribunal Supremo, sentencias de 14 de noviembre de 2012, 26 de marzo de 2012, la interpretación gramatical "no supone, en rigor, una subordinación del criterio subjetivo manifestado por la voluntad o la intención de las partes, que siempre haya de buscar de manera preferente (párrafo segundo del citado artículo) no obstante, desde su función como presupuesto impulsor del fenómeno interpretativo, cuando los términos son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención querida por los contratantes, la interpretación literal es el punto de partida y también debe ser el punto de llegada del curso interpretativo"; intención de los contratantes que es fundamental para resolver cuando precisamente a través de la literalidad no se puede alcanzar a saber qué era lo que pretendían con lo pactado; y este es el caso.

QUINTO .- El tribunal de instancia no ha infringido las normas que regulan la interpretación de los contratos, ni tampoco ha errado al valorar la prueba, porque lo que debía ser probado era que los créditos cedidos se habían concedido conforme a criterios distintos a los habituales, y en concreto, no habiendo seguido los criterios de viabilidad que exigía; lo que significa primero comprobar cuál era ese criterio y segundo, en qué expedientes se había infringido, a los efectos de poder comprobar que los créditos cedidos fueron concedidos no obstante no ser viables. Y esto no se ha probado por la parte actora/apelante sobre quien recaía la carga probatoria, porque no se acredita con los informes emitidos por Feliciano quien se limitó a comprobar que en

los expedientes no existían determinados documentos, pero sin entrar a hacer valoraciones, que las dejaba para al "lector del informe" que debería obtener sus conclusiones, reseñando qué había comprobado en los expedientes y qué documentos eran los que constaban, no siendo algunos de los incluidos en el listado, en concreto el referido a "nóminas", expresión que interpretaba la informante en sentido estricto no como documento acreditativo de estar recibiendo un salario, porque solo así procedía a indicar que la cedente, Credifimo, en algunos casos, en concreto con "pensionistas" -supuesto no incluido en el listado, porque el pensionista no es ni un asalariado ni un autónomo- se hacía constar que "se ha considerado como justificante de esos el justificante de cobro de la pensión emitida por la Seguridad Social", y esta sustitución al igual que otras es lo que entiende la recurrente constituye incumplimiento, conclusión y/o interpretación que este tribunal, al igual que el Juez de instancia, no comparte, no solo por lo ya indicado sino porque la conclusión sería no haber admitido como prestatario o como avalista a los pensionistas, o a las personas que se dedican a la limpieza de hogares no integradas en empresas, lo que en todo caso debió ser tenido en cuenta por la parte recurrente al elegir qué crédito eran los que iban a integrar el fondo.

Si bien la entidad Feliciano no incluía conclusión alguna, habría que añadir referida al cumplimiento y a la viabilidad de los créditos a la fecha de su concesión, sí incluía interpretaciones de qué documentos sí consideraba podían ser sustituidos y cuáles no válidos, de ahí que en el informe de 26 de octubre de 2011 al tratar de los justificante de ingresos de los titulares y avalistas, si considerara correctos algunos documentos que no eran los del listado y en otras no; por tanto admitía que sí cabía sustituir porque lo fundamental era justificar ingresos, y esto es lo que era y es determinante para poder saber y conocer la viabilidad, en definitiva la solvencia del deudor. En última instancia si eran "préstamos basura" o no, que es lo que en el fondo reprocha a la demandada, calificación que debía probar, y no lo ha hecho porque ni se infiere de los términos del contrato ni de la prueba practicada, todo lo contrario, la conclusión a la que se llega atendiendo a la pericial practicada a instancia de Credifimo es lo contrario a la tesis mantenida por la actora, sin que afirmar esto sea repercutir sobre los bonistas ningún riesgo que hubiera sido asumido por CREDIFIMO.

SEXTO .- No habiendo incumplido la parte demandada la estipulación octava ni en todo ni en parte, porque un incumplimiento generador de obligaciones supone que lo sea de la obligación principal que era haber concedido créditos atendiendo al proceso habitual, y sobre todo atendiendo a criterios de solvencia, y esto no se ha probado, el efecto no puede ser exigirle el cumplimiento de la estipulación novena porque nada ha de ser subsanado. Subsanación no incumplida, al no serle exigible, y por tanto no había lugar a que amortizara los créditos que por otra parte no han sido identificados a los efectos de haber podido valorar el tribunal de instancia primero y este tribunal en alzada, si el criterio de solvencia había sido o no incumplido por no solicitar documentación suficiente de la que derivarla, porque es una obviedad decir que los expedientes no se identifican, ni se reseña qué documentos fueron sustituidos, ni por qué esos documentos aportados no acreditan la viabilidad del préstamo, etc.

SÉPTIMO .- El pronunciamiento en costas ha sido impugnado por la apelada, CREDIFIMO, alegando haber infringido el tribunal de instancia lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a lo que se ha opuesto la recurrente.

La demandada ha sido absuelta de las pretensiones formuladas por TITULIZACION DE ACTIVOS, SOCIEDAD GSETORA DE FONDOS DE TITULIZACION S.A, no obstante se dispone literalmente "con imposición a la segunda de la mitad de la costas devengadas en el proceso", pronunciamiento que entiende este tribunal es contrario a lo dispuesto en el artículo 394LEC , que dispone como criterio el del vencimiento; y la demanda formulada por quien se reseña como actora ha sido íntegramente desestimada, no existiendo razón alguna para imponerle la mitad de las costas; que no se haya apreciado temeridad no es motivo, porque la temeridad opera par imponer las costas cuando no procedía, pero en este caso sí había lugar a ello.

En consecuencia, procede revocar este pronunciamiento imponiendo la costas de la instancia a la demandante, apelante, TITULIZACION DE ACTIVOS, **SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULIZACION S.A.**

OCTAVO .- Las costas de esta alzada derivadas del recurso interpuesto por la actora TITULIZACION DE ACTIVOS, **SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULIZACION S.A** han de serle impuestas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Y no ha lugar a hacer pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada a la impugnante de conformidad con os preceptos antes referidos reguladores de la imposición de costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la actora TITULIZACION DE ACTIVOS, **SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULIZACION** S.A y ESTIMAR la IMPUGNACION formulada por la de UNION DE CREDITO PARA LA FINANCIACION MOBILIARIA E INMOBILIAIRA, CREDIFIMO ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO S.A ambos interpuestos contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 89 de Madrid el 4 de marzo de 2013 , que se confirma a excepción del pronunciamiento en costas que se revoca para imponer las costas de la primera instancia a la demandante, al inicio indicada, confirmándose en lo restante la sentencia apelada.

No ha lugar a hacer pronunciamiento en costas de esta alzada derivadas de la impugnación y se imponen las costas que traen causa en el recurso a la sociedad apelante/demandante.

Contra la presente resolución cabe el Recurso de Casación y/o extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en el art 469 de la LECv, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la misma, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal y del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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