

EL RETRACTO DE CRÉDITOS LITIGIOSOS

Derecho Civil



Alumno: D. Daniel Escribano Ferrer

Tutor: D. José Ignacio Rubio García San Román

Miembros del Tribunal Evaluador: Doña Carmen Hernández Ibáñez, D. Diego Vigil de Quiñones Otero, D. Abel Martín Villarejo.

Calificación obtenida: 9 (SOBRESALIENTE)

Trabajo de Fin de Máster, correspondiente al curso 2017/2018. Primera Convocatoria.

Máster de Acceso a la Abogacía. Departamento de Derecho Civil.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
1) Metodología.....	3
A) Elección del tema.	3
B) Detección de la problemática.	5
C) Acopio de materiales.	6
D) Examen de la documentación	6
E) División del trabajo	7
1. EL RETRACTO Y OTRAS FIGURA DE TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS: EL TANTO Y LA CESIÓN	8
1.1. Una aproximación histórica al retracto.	8
1.2. Definición de retracto. Convencional y Legal.	9
1.3. Tanteo y retracto. Similitudes y diferencias.	9
1.4. La cesión de créditos.....	10
2. ANTECEDENTES DEL RETRACTO DE CRÉDITOS LITIGIOSOS.....	13
2.1. Antecedentes legislativos.....	13
2.2. Codificación. Legislación en los Siglo XIX y XX.	13
2.3. Evolución de la institución en España a partir del proyecto de 1851.	16
2.3.1. Criterios en el proyecto de 1851, ¿"Crédito" o "Derecho"?	17
2.3.2. Criterios posteriores.	18
3. EL RETRACTO DE CRÉDITOS LITIGIOSOS. CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES	20
3.1. Introducción al retracto de créditos litigiosos. Artículo 1535 del Código Civil..	20
3.2. Concepto y ámbito de aplicación. Aspectos sustantivos.	21

3.3. Aspectos procesales.....	25
3.3.1. Sobre el crédito individualizado.....	26
3.3.2. Sobre la notificación obligatoria al deudor. Recurso posterior.	26
3.3.3. Conclusión sobre el punto.....	27
3.4. Otras cuestiones formales. Litigiosidad en un procedimiento ordinario.	27
3.5 Legislación concordante.	29
A) La relación de la venta en globo (art 1532 CC) con el retracto de créditos litigiosos	29
B) Fuero Navarro.	30
C) Derecho Civil Catalán.	30
D) El juego de la ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión	31
4. CONCLUSIONES.....	33
4.1. Desarrollo del TFM.	33
4.2. Conclusiones.....	34
5. BIBLIOGRAFÍA.....	36
5.1. NORMAS UTILIZADAS.....	36
5.2. RESOLUCIONES CONSULTADAS	36
5.3. BIBLIOGRAFÍA	37
5.4. REVISTAS CONSULTADAS	38

I. INTRODUCCIÓN.

1) Metodología

El presente Trabajo Fin de Máster se encuadra dentro del obligatorio para el acceso a la Abogacía. Aspecto trascendente que nos fuerza que el tema a tratar sea de contenido actual y práctico.

Después de una reflexión, no corta, con el tutor asignado, pensamos centrarnos, dentro de los acordados Derechos reales, el derecho de retracto, y buscando algo más específico y actual acordamos, mi tutor y yo, examinar el tratamiento que se está dando desde el punto de vista práctico al denominado retracto de créditos litigiosos.

Antes de entrar en otras consideraciones parece oportuno referirnos al sistema de trabajo seguido:

A) Elección del tema.

La elección del tema no fue tarea fácil. Tras diversas conversaciones con mi tutor al objeto de elegir un tema relacionado con los Derechos Reales, y que tuviera actualidad práctica, acordamos abordar el tema del retracto de créditos litigiosos. El retracto no deja de estar encuadrado en los artículos 1507 a 1525 del CC, dentro de los Derechos reales, aunque el tema de los créditos litigiosos tenga una vertiente más financiera.

La realidad social del momento pone de manifiesto que para realizar cualquier tipo de actividad a desarrollar en estos momentos requiere de un sustento económico que, normalmente, en sus inicios, se hace necesaria la solicitud de créditos. En este caso nos vamos a centrar en los créditos procedentes de la suscripción de viviendas que resultan impagados y ejecutados por la entidad bancaria y que, con posterioridad, son transferidas a un tercero, un fondo de inversión, que adquiere el conjunto de créditos ejecutados que pertenecen a la entidad bancaria.

El impago de estos créditos es una cuestión que preocupa a los deudores hipotecarios iniciales, que ven ejecutadas, por falta de pago generalmente, sus

préstamos hipotecarios, que una vez enajenados al referido fondo ven como estos ejecutan las deudas. Obviamos las cuestiones internas en cuanto a las relaciones entre el deudor con el banco y la naturaleza del contrato por la que se transfiere el crédito a un tercero, sobre la base de la garantía prestada por aquel.

Mi interés por el tema, el retracto de créditos litigiosos, surgió en una de las vistas judiciales a las que acudí como pasante de un despacho de abogados, durante el pasado curso.

Imaginemos que una personas, que, por ejemplo, mantenía una deuda con Bankia, S.A., le llega un día una reclamación extrajudicial de un fondo reclamándole el importe y tratando de llegar a un acuerdo. ¿Qué ha pasado para que ahora esta entidad le reclame la deuda? ¿Podría este deudor intentar alguna vía para extinguirla? Como se verá en el desarrollo del trabajo, su crédito se ha cedido, junto con el de muchos otros deudores, y ahora es otra entidad quien tiene la legitimación activa. Existen varias maneras de liquidar esa deuda, entre la que se encuentra la figura de estudio de este trabajo.

En ello consiste el Derecho al Retracto de Créditos litigiosos, enunciado en el artículo 1535 de nuestro Código Civil. Si un crédito se cede, el deudor tiene un plazo para solicitar que, por el mismo precio, se lo vendan a él y así pueda extinguir la deuda. Algo así como “para vendérselo al fondo por ‘x’ euros, yo te lo compro por la misma cantidad y extinguimos la deuda”. Sin embargo, como es de imaginar, esta práctica entraña muchas variables y problemas que imposibilitan la aplicación de este artículo 1535, y que facilitan al lucro de los vulgarmente conocidos como “fondos buitres”.

Los créditos se venden de una forma conjunta, en globo, fusionándose los créditos en uno solo, lo cual entraña la imposibilidad total de que esta figura pueda ser reconocida judicialmente, ya que no al transmitirse como un “todo” no se pueden individualizar los créditos.

Y eso es lo que se presenta en esta investigación. ¿Qué es el retracto de créditos litigiosos? ¿Cuándo se puede solicitar? ¿Cuál es la problemática habitual para que un deudor no pueda adquirir sus propios créditos?

B) Detección de la problemática.

El presente trabajo que se centra fundamentalmente en dos cuestiones, que son las que más me han llamado la atención.

- 1) Cuando se entiende por litigioso un crédito
- 2) Si el retracto es aplicable como tal a los derechos de crédito.

Durante mi periodo de pasantía/prácticas obligatorias del Máster tuve la oportunidad de asistir a varias vistas en las que se dilucidaba estos temas. Eso acrecentó mi interés para presentarlo como posible tema para el trabajo que ahora desarrollo.

Versan este tipo de procedimientos sobre la reclamación de deudas, al haber impagado varias cuotas de un préstamo la persona demandada. En mitad del proceso se viene a solicitar la sucesión procesal, al haberse vendido el crédito a un fondo de inversión, quien desde entonces solicita ser parte.

Otra cuestión es en que hacen hincapié las defensas de los deudores: la solicitud del retracto de créditos litigiosos, basada fundamentalmente en la “no notificación” de la venta de su crédito a un tercero, alegando no haber tenido conocimiento hasta que se realiza la sucesión procesal.

Sin embargo, y pese a los esfuerzos que se hacen para convencer al juez de la falta de comunicación de la pertinencia de atender la solicitud de la subrogación, y en base a ella declarar el retracto del crédito litigioso, las Sentencias vienen, generalmente condenando al pago del total adeudado, omitiendo las referencias hacia el propio derecho de retracto. De hecho, muchos de estos casos se encuentran hoy en apelación, y una de las alegaciones que el deudor inicial alega en la preparación del mismo es el de incongruencia omisiva.

Al concluir las vistas a la que hacía referencia, consultando con varios compañeros de despacho intervinientes en los diferentes procesos, me aclararon la naturaleza del derecho de retracto de créditos litigiosos y del problema que entraña, así como las cuestiones sobre la sucesión procesal.

De estas explicaciones y después de realizar las diversas consultas, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia detecté dos problemas, que trato de poner de manifiesto a lo largo de este trabajo proponiendo alguna solución. Por una parte lo

difícil que resulta la aplicación del artículo 1535 CC por las normales ventas en globo del artículo 1532 CC, y por otra el momento procesal oportuno para solicitar la declaración del retracto del crédito, y/o en su caso la sucesión procesal, dado que, a mi entender, deben ir unidas en el petitum del recurso de apelación.

C) Acopio de materiales.

Una vez delimitado el tema, empecé con la tarea de buscar bibliografía al respecto: monografías, artículos de revista, tanto en formato papel como electrónico, por lo que a estas últimas se refiere en el anexo que aparece al final del trabajo.

El segundo paso dentro de la tarea de investigación consistió en examinar jurisprudencia referida al tema que se trata y ordenarla por Categoría del Tribunal, - desde el Tribunal Supremo hasta los Juzgados de Instancia- y dentro de cada una se han relacionado cronológicamente.

D) Examen de la documentación

El siguiente paso ha consistido en examinar el tratamiento que se da dentro de los diferentes cuerpos legislativos, lo que obligó a realizar la tarea de búsqueda y examen de documentación en el Derecho positivo y en la jurisprudencia extranjera a la cuestión tratada, y una vez examinada, compararla con la que en nuestro ordenamiento jurídico se prescribe.

Después de realizado el primer examen de la documentación obtenida, tuvimos por otra parte la lógica tarea de cambiar el esquema original, e ir introduciendo en el mismo las cuestiones de interés que a nuestro juicio podían contribuir a mejorar el primer esquema, y en definitiva el trabajo.

De este modo, la primera enseñanza que he obtenido con la realización de este TFM, es que el Derecho no es una ciencia estática, sino dinámica, como afirmaba Savigny, que debe adaptarse periódicamente (VER DIPOSICIONES ADICIONALES 1ª, 2ª y 3ª del CC) a la realidad social del momento y el lugar en que la Ley debe ser aplicada (art 3.1 CC).

Curioso es, que aun dándolo por supuesto, podamos afirmar que el título preliminar del CC es una teoría general del Derecho, aplicable a todo el ordenamiento jurídico.

Sobre estos principios tomamos el esquema preliminar como base, que habría de ir modificándola a lo largo de la investigación, para primero adecuarla a las normas que figuran en la memoria del Máster, y para dentro de esos límites tratar de resaltar, aunque sea sucintamente, lo que a mi juicio es lo más esencial, anunciando aquí que existen temas conexos que podrían ser objeto cuando menos de otro TFM o algo más. Lo que nos ha supuesto, en definitiva, un esfuerzo adicional de síntesis, que nos ha obligado a aparcar cuestiones conexas que dejamos para mejor ocasión.

E) División del trabajo

Tras decantarnos por el tema, y hacer una selección de materiales y posterior examen de estos documentos, se buscó hacer una división del trabajo, la cual consta de los siguientes puntos:

En el primero de los apartados del presente estudio se tratarán de introducir los antecedentes legislativos del retracto, y su normativa actual, comparándolo con otra figura relevante como es el tanteo. Esto será importante debido a que una de las cuestiones que más dudas genera hoy en día en la doctrina es si la definición de “retracto” es correcta con el de créditos litigiosos.

Posteriormente, se buscará explicar cómo ha sido el desarrollo de la legislación del retracto de créditos litigiosos, desde su origen en el Derecho Romano hasta la actualidad.

El tercero de los puntos tratará de buscar conclusiones a los problemas suscitados en cuanto al retracto de créditos litigiosos. ¿Puede un deudor realmente reclamar su derecho a extinguir la deuda, en base al artículo 1535 CC, si su crédito se transmite a un fondo? ¿Cuándo puede hacerlo? Se buscará la resolución de estas dudas, desde puntos de vista sustantivos y procesales.

Finalmente, se tratarán de extraer algunas conclusiones importantes en base a todo el desarrollo del trabajo, y se expondrá una breve opinión personal.

1. EL RETRACTO Y OTRAS FIGURA DE TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS: EL TANTO Y LA CESIÓN

1.1. Una aproximación histórica al retracto.

Para empezar a entender la figura del retracto de créditos litigiosos, es necesario iniciar el trabajo haciendo una breve referencia por la evolución legislativa de la institución del retracto.

La ausencia de normas romanas que regulan este derecho podría hacernos pensar que su raíz proviene del Derecho germánico. Sin embargo, esto no es suficiente para el profesor DE LOS MOZOS¹, quien encuentra testimonios de su existencia en tiempos de Valentino II, de Teodosio y de Arcadio de una especie de retracto de comuneros introducido varias décadas antes.

Sobre su paso por el Derecho germánico, es importante recalcar, como hace el profesor PLANITZ², la transformación de la propiedad colectiva en individual. Esto conllevó a que surgiera el derecho de los “propincuos”, antiguos copropietarios de las tierras, a recuperar lo que un día fue de su dominio en caso de que se promoviera su enajenación. El plazo del que disponían era de un año desde que conocían de la transmisión.

En España se introdujo el derecho de tanteo de comuneros con la legislación de las Partidas, transformado posteriormente en derecho de retracto. Nuestro Código Civil actual buscó en todo momento un resultado clásico en base a nuestra tradición jurídica para los territorios del Derecho Común, destacando como principal novedad el retracto de colindantes, cuyo advenimiento se produjo, según el profesor DANVILA³, en la sesión de 20 de noviembre de 1888.

¹ DE LOS MOZOS, J. L. *Derechos reales de adquisición*, Estudios sobre Derecho de los bienes, Madrid, 1991, pág. 586.

² PLANITZ, H. *Principios de Derecho privado germánico*, traducción al castellano de la Ed. Bosch, Barcelona, pág. 957.

³ DANVILA. *Sesión de 23 de marzo de 1889, n. Q 77*, El Código civil. Debates parlamentarios, 1885-1889, tomo H, Madrid, 1989, págs. 1565-1566.

1.2. Definición de retracto. Convencional y Legal.

La definición jurídica de retracto es relevante en el estudio de este trabajo, ya que en apartados posteriores se analizará si se utiliza correctamente la nomenclatura para el de créditos litigiosos. Diferencia el Código Civil dos tipos de retracto. En el artículo 1507 se hace referencia al convencional, en los siguientes términos: *“Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado.”*

Mientras que el artículo 1521 define el retracto legal: *“El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.”*

El retracto convencional no tiene una explicación técnica en el Código Civil, ya que el precepto habla directamente de cuando tendrá lugar (es decir, introduce las consecuencias del mismo), pero no entra a definir el término. El anterior adquirente tendrá la obligación de, o bien devolver el bien libre de cargas (artículo 1520 del Código Civil), o podrá indemnizar por los daños y perjuicios en el caso de que no se pueda restituir, tal y como se deduce de algunas Sentencias del TS:

En este sentido los recurrentes citan varias sentencias de las que resulta que en los casos litigiosos de retracto ha de hallarse el valor real de la finca transmitida para compensar así la sustitución de la finca que se pierde por el retracto con una indemnización en dinero, logrando un equivalente económico ante la privación del bien expropiado.⁴

DE CASTRO apuntilla que este derecho es independiente, aunque secundario de otros derechos.⁵

1.3. Tanteo y retracto. Similitudes y diferencias.

Especial relación tiene el derecho de retracto con el de tanteo, por lo que se entra a definir a continuación.

⁴ Tribunal Supremo Sala 1ª, S 21-9-1993, nº 860/1993, rec. 461/1991.

⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F, Cesión de crédito litigioso. Aplicación del art 1535 del Código Civil. Sentencia 4 de febrero de 1952, Madrid, 1953

El tanteo es un derecho real por el cual una persona puede adquirir una cosa antes que otra. No se contempla dicha figura en el Código Civil, sino que tenemos que estar a diferentes normas para poder definirlo, como la Ley de arrendamientos urbanos y la ley de arrendamientos rústicos.

El tanteo, al contrario que el retracto, se ejerce de forma previa a la transmisión. La persona que ostenta el derecho de tanteo deberá ser requerida por el vendedor, para que durante un plazo predefinido por la ley pueda ejercer su derecho preferente en la transmisión. En cambio, el derecho de retracto se ejerce a posteriori, de tal manera que se solicita cuando la transmisión ya se ha efectuado.

Ambos derechos **son excluyentes**, no pueden ejercerse simultáneamente. Si se solicita el retracto quiere decir que en su día no se instó el tanteo, y por lo tanto se busca la adquisición preferente de manera posterior.

1.4. La cesión de créditos

Es importante conocer la definición de esta figura jurídica, ya que es el desencadenante del derecho de retracto de créditos litigiosos. Todo derecho derivado del artículo 1535 CC empieza con la transmisión de un crédito (normalmente de un banco o entidad financiera a un fondo). El Código civil no dispone de una definición exacta de la cesión de créditos, sino que comienza con sus consecuencias. Como bien señala VÉLEZ TORRES⁶, citando al tratadista PUIG PEÑA, la cesión de créditos es aquella actuación en la que un tercero reemplaza al acreedor, transformándose así en el nuevo titular del crédito.

Una cesión de créditos es denominada como un tipo de cambio de acreedor en una relación obligatoria⁷. La cesión de créditos es a su vez considerada una transferencia de crédito realizada entre personas que ayuda al tráfico de los créditos en el comercio jurídico.⁸ Una de las causas más frecuentes de la cesión de créditos, de acuerdo con la opinión del profesor DÍEZ PICAZO, es el pago de un precio. El cedente vende por un precio por debajo del valor figurado, de tal forma que el comprador busca

⁶ VÉLEZ TORRES, J. R. *Derecho de obligaciones: Curso de Derecho Civil*, 1997, Puerto Rico.

⁷ DIEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Edición del año 2011, Madrid, pág. 971.

⁸ DIEZ PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 970.

beneficiarse y así especular con el precio que paga y el precio que luego le reclama al deudor.⁹

El deudor no se considera parte en el negocio jurídico, entre cedente y cesionario, ya que no es obligatoria su anuencia para que se produzca la cesión. El cedente debe poseer la capacidad necesaria que por ley se le exige¹¹. Se rigen este tipo de créditos por lo dispuesto en cuanto a la transmisión de bienes muebles, a excepción del crédito hipotecario, que se considerará bienes inmuebles.¹²

El derecho de crédito, resultado de la cesión entre cedente y cesionario, es considerado el objeto de la cesión¹³. Cuando se busca la eficacia del negocio de la cesión, debe concurrir que se trata de un crédito existente e instituido en un título válido y por supuesto que se trate de un crédito transmisible.¹⁴

Podemos definir la cesión de créditos como aquel acuerdo de voluntades inter vivos por el que el titular del derecho lo transmite a otro sujeto, de tal modo que éste tendrá derecho a exigir al deudor la prestación originariamente debida al cedente¹⁵

En cuanto a las motivaciones que puedan tener las entidades de crédito para desprenderse de estas carteras en favor de este tipo de fondos, una de ellas tal vez pueda explicarse por el proceso de reestructuración bancaria, en el sentido de que por medio de este tipo de operaciones obtienen liquidez, expulsan de los balances activos dudosos y liberan recursos propios destinados anteriormente a provisiones para pérdidas, lo que coadyuva a una mejor posición para cumplir con los recursos de calidad de capital y las exigencias derivadas de acuerdos.¹⁶

⁹ DIEZ PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág.972.

¹⁰ DIEZ PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág.976

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ DIEZ PICAZO, LUIS, *op. cit.*, pág. 977.

¹⁵ DIEZ PICAZO, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR, P, y PAZ – ARES C. *Comentario del Código civil*, 1993, Madrid

¹⁶ Revista de Derecho vLex, ISSN: 2462-3423, “CESIÓN DE CARTERA DE CRÉDITOS LITIGIOSOS (SUBROGACIÓN PROCESAL Y DERECHO DE RETRACTO DEL DEUDOR), “

Otra de las cuestiones que pueden llegar a plantearse es lo que sucede en casos de cesión múltiple. De acuerdo al criterio de LACRUZ BERDEJO, en esos casos adquiere el derecho el primero de los cesionarios¹⁷

El mismo autor, al entrar a valorar la necesidad del consentimiento del contratante cedido, considera que es un elemento constitutivo de la cesión, que no se limita a dotar de eficacia a un acto existente y válido en sí, que permite hablar de un contrato plurilateral.¹⁸

Por su parte, DE CASTRO aporta la siguiente definición de la institución:

“El sistema de las transmisiones patrimoniales o adquisiciones derivativas inter vivos en el ordenamiento jurídico español, se trate de derechos reales o de créditos, se rige por el “dogma de la causalidad” y, consecuentemente, por el que podríamos llamar “principio de la unidad” (...) Para que una transmisión patrimonial se produzca es preciso un negocio jurídico verdadero y válido, sin que sea necesario ningún otro negocio jurídico”¹⁹

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil*, Madrid. Edición año 2010, p. 216.

¹⁸ IDEM.

¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967. Pag 296

2. ANTECEDENTES DEL RETRACTO DE CRÉDITOS LITIGIOSOS.

2.1. Antecedentes legislativos

Antes de iniciar la investigación y entrar en el fondo del retracto de créditos litigiosos, es conveniente, al igual que se hizo con el primer apartado, explicar cuál es el origen de esta institución. Explica JOSE LUIS NAVARRO PÉREZ²⁰ que el emperador Anastasio, vista la cantidad de créditos que se vendían a bajo precio, se determinó por aportar una solución al problema a través de la conocida por Lex Anastasiana. Con esta norma se viene a disponer que los llamados *redemptores litium* pudiesen ejercitar las acciones que habían sido cedidas, pero solo hasta el reembolso del importe del precio pagado por el crédito litigioso, más intereses y gastos desde la fecha de la cesión, quedando la diferencia en favor del deudor.

Pese a ello, algunas personas conseguían burlar los efectos jurídicos de la norma, y refugiarse en algunas lagunas legales. De este modo, posteriores disposiciones de Anastasio y de Justiniano trataron de aportar luz para cerrar cualquier posible maniobra de los especuladores.

Las primeras normas se dictan con el objeto de perturbar cualquier intento de cesión de créditos con propósitos meramente especulativos y fraudulentos, mientras que las posteriores vienen a disuadir las transmisiones en mitad de un proceso.

2.2. Codificación. Legislación en los Siglo XIX y XX.

Las legislaciones de esta época se vieron influenciadas por el Código Civil Francés. Tanto la posibilidad de que el deudor adquiriera su crédito de forma preferente, como la prohibición de ceder *ad potentioorem* fueron acogidas por Códigos como el sardo (arts 1543 y 1544), el de Nápoles (arts 119 y 1200) o el portugués. (arts 786 y 787). Solamente el alemán rehusó la entrada al retracto litigioso.

²⁰ NAVARRO PEREZ, J. L. *El retracto de créditos litigiosos*, 1989, Granada, pág. 6.

El artículo 1535 C.C., sobre el que versa principalmente este trabajo, tiene su origen en el **artículo 1699 del Código Civil francés**, tal y como avala GUILLERMO ROMERO GARCÍA-MORA²¹: *Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite.*²²

A diferencia del Código Civil español, en el francés aparece la palabra “derecho litigioso”, algo que presentó varias dudas en el país vecino sobre la limitación del ámbito de aplicación.

A su vez, el artículo 1699 de CC francés está inspirado en la llamada *Lex Anastasiana Romana*, que se justificó por Justiniano (Ley 23) por razones de humanidad y de benevolencia ("*tam humanitatis quam benevolentiae plena*"), y se resume en que "el que dio cantidades para que se le cediesen acciones no consiga de las acciones cedidas nada más que lo que por ellas hubiera dado". Estos precedentes vendrían a otorgar una oportunidad al deudor para que en el caso de que su crédito esté en litigio, no pueda pasar a manos de un tercero extraño en la relación jurídica, de modo que se le permite, *humanitatis causa* extinguirlo con el pago del precio de la cesión.

Las críticas vertidas por LAURENT²³ dieron paso a la omisión en algunos textos normativos codificados en el Siglo XX del retracto de créditos litigiosos. Así pasó con el Código italiano, que, pese a la elaborada jurisprudencia que mantenía su sistema, decidió rehusar del precepto que regulaba el citado retracto. En contrapartida, mantuvo vigente el artículo que prohibía las cesiones *ad potentiores*, como podemos ver en su artículo 1261²⁴:

²¹ ROMERO GARCÍA-MORA, G. "Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraible". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2010. BIB 2010\1072.

²² Traducción al castellano: “Aquel contra quien se hubiera cedido un derecho litigioso podrá hacerse liberar por el cesionario, reembolsándole el precio real de la cesión con los gastos de escritura y accesorios y demás gastos, y con los intereses a contar desde la fecha en que el cesionario hubiera pagado el precio de la cesión que se le efectuó.”

²³ LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français*, Paris, 1878. págs. 66 y 72.

²⁴ Traducido al castellano: *Los magistrados del poder judicial, los funcionarios de las cancellerías y los secretarios judiciales, los alguaciles, los abogados, los fiscales y los notarios no pueden, incluso a través de un tercero, convertirse en cesionarios de derechos sobre los que surge una disputa ante la autoridad poder judicial al que pertenecen o en cuya jurisdicción ejercen sus funciones, bajo pena de nulidad y daños (1421 et seq., 2043). Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica a la venta de activos heredados entre coherederos, ni a los realizados en el pago de deudas ni para la defensa de los activos en poder del cesionario.*

I magistrati dell'ordine giudiziario, i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, gli ufficiali giudiziari, gli avvocati, i procuratori, i patrocinatori e i notai non possono, neppure per interposta persona, rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione davanti l'autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni (1421 e seguenti, 2043).

La disposizione del comma precedente non si applica alle cessioni di azioni ereditarie tra coeredi, ne a quelle fatte in pagamento di debiti o per difesa di beni posseduti dal cessionario.

Exactamente lo mismo sucedió con el código civil portugués, que suprime la institución del retracto de créditos litigiosos, pero mantiene la prohibición de ceder créditos litigiosos *ad potentiores*:

1. A cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita, directamente ou por interposta pessoa, a juízes ou magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça ou mandatários judiciais é nula, se o processo decorrer na área em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão; é igualmente nula a cessão desses créditos ou direitos feita a peritos ou outros auxiliares da justiça que tenham intervenção no respectivo processo.

2. Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido.

3. Diz-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado.²⁵

²⁵ Artículo 579 del Código Civil portugués, que traducido al castellano: *1. La cesión de créditos u otros derechos litigiosos efectuados, directamente o por interpuesta persona, a jueces o magistrados del Ministerio Público, funcionarios de justicia o mandatarios judiciales es nula, si el proceso se desarrolla en el ámbito en que ejercen habitualmente su actividad o profesión; es también nula la cesión de dichos créditos o derechos a expertos u otros auxiliares de la justicia que tengan intervención en el proceso.*

2. Se entiende que la cesión se realiza por persona interpuesta, cuando se hace al cónyuge del inibido o la persona de quien éste sea heredero presumido, o cuando se haga a tercero, de acuerdo con el inibido, para el cesionario transmitir a éste la cosa o derecho cedido.

3. Se dice litigioso el derecho que haya sido impugnado en un juicio contencioso, aunque sea arbitral, por cualquier interesado

En contrapartida a ello, varios fueron los países que sí quisieron regular la institución del retracto de créditos litigiosos, como fue el caso de Argentina o de Filipinas, que incluyeron artículos en sus Códigos Civiles sobre la materia.

2.3. Evolución de la institución en España a partir del proyecto de 1851.

En el Derecho civil español hubo siempre referencias tanto a las leyes anastasianas y justinianas, como a la prohibición de ceder *ad potentiores*. GARCÍA GOYENA²⁶ criticaba incluso que esta legislación se había introducido de manera muy recortada, y que se debería enfocar desde una perspectiva mucho más extensa.

En el proyecto de 1851 se introdujeron dos artículos que hacían referencia a la institución, el 1466 y el 1467. El primero hacía referencia al retracto de créditos litigiosos, y el segundo a los tipos de créditos que han de quedar fuera del retracto.

En el Anteproyecto de 1882-1888 apenas se vio modificada la regulación del retracto de créditos litigiosos con respecto al proyecto de 1851, reproduciendo en su integridad la institución en los artículos 1562 y 1563. Sin cambios sustanciales se promulgó el texto definitivo, nuestro actual código, que regula el retracto de créditos litigiosos en los artículos 1535 y 1536, tomando como partida los anteriores textos.

A continuación, paso a describir cuales fueron las principales diferencias entre el artículo 1466 del Proyecto de 1851 y el artículo 1535 de nuestro actual Código Civil, tal y como las explica JOSÉ LUIS NAVARRO PÉREZ²⁷.

- Se suprime una coma, después de la palabra “precio”, sin que ello afecte en nada a la interpretación de la regulación.
- En el texto original, el segundo párrafo del artículo 1466 iniciaba con “Entiéndase por créditos litigiosos”, mientras que el actual 1535 dice “Se tendrá por créditos litigiosos”. Tampoco entraña ninguna diferencia importante respecto al contenido.

²⁶ GARCIA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852, págs. 435 y 436.

²⁷ NAVARRO PÉREZ, J.L. *El retracto de créditos litigiosos*, 1989, pág. 15.

- Se modificó gramaticalmente el contenido de la última parte del segundo párrafo, quedando finalmente de la siguiente manera: “El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago”

Respecto al artículo 1536, el Código civil mejora gramaticalmente la redacción, estableciendo “Se exceptúan de lo dispuesto en el anterior artículo la cesión o ventas hechas” a diferencia del primitivo “Se exceptúan del artículo anterior la cesión o ventas hechas”.

En conclusión, apenas se pueden apreciar grandes diferencias entre la primera referencia del Proyecto de 1851 y nuestro Código Civil actual, a pesar de los cambios sustanciales que se promovieron en algunas legislaciones extranjeras, en las que se pasó de una tendencia claramente “pro-retracto”, a un “anti-retracto”. En España se sigue manteniendo las bases de las leyes anastasianas y justinianas, y de la prohibición *ad potentiores*, mientras que algunos textos normativos, como el Código Civil portugués o italiano decidieron suprimir la figura del retracto de créditos litigiosos.

2.3.1. Criterios en el proyecto de 1851, ¿”Crédito” o “Derecho”?

El criterio de la Comisión que elaboró el Proyecto de 1851 planteo un carácter muy restrictivo sobre el ámbito de aplicación del retracto, posición no compartida por GARCÍA GOYENA²⁸. El autor, consciente de la limitación, hace notar que el artículo dice “crédito”, en contraposición al 1699 del Código Civil Francés que habla de “derecho”, y que hizo surgir varias dudas sobre su ámbito de aplicación, las cuales no se pudieron plantear en España por la propia restrictividad del artículo.

Además, cita el autor al antiguo artículo 1467 (siguiente al del retracto de créditos litigiosos) indicando que en él aparece la palabra “derecho”, al igual que en el Código Civil francés, algo que se tendría que haber producido en el 1466 (actual 1535 CC).

²⁸ GARCIA GOYENA, F., *op. cit.*, pág. 436.

Concluye GARCÍA GOYENA entendiendo que habría sido más práctico denominar al capítulo VIII (actual VII) de los Códigos francés y español bajo la nomenclatura: “De la transmisión de créditos y demás acciones”, y comenzando la redacción del artículo 1535 (anterior 1466) por “vendiéndose un crédito, u otro cualquier derecho litigioso...”

2.3.2. Criterios posteriores.

Otros autores también han expresado sus opiniones en cuanto al artículo 1535 CC, entre los que se han seleccionado en esta investigación los siguientes:

MANRESA descartaba la posible inclusión en el artículo 1535 CC del caso de la venta de bienes inmuebles litigiosos, pese a la opinión de autores como GARCÍA GOYENA.²⁹

Pese a tener en cuenta las observaciones de GARCÍA GOYENA, los autores de nuestro Código utilizaron la palabra “crédito”, en defecto de “derechos litigiosos”, por lo que no se puede ampliar por interpretación el sentido del concepto, y por lo tanto, en opinión de MANRESA, no cabría la posibilidad de incluir a los inmuebles en litigio.

La misma postura fue defendida por COSSÍO³⁰ al mantener que la Ley no habla de “derechos litigiosos”, sino que solo cita a los “créditos”.

GABRIEL GARCÍA CANTERO, igualmente, resalta que no se haga referencia a “derechos” sino a “créditos”, y que, a su entender, se debería extender la aplicación del artículo 1535 CC a cualquier derecho litigioso que haya sido objeto de cesión³¹.

“Aunque el artículo 1.690 del Código civil francés habla de droit litigienx, y lo mismo el artículo 1.546 del Código civil italiano de 1865 (diritto litigioso), nuestro artículo 1.535, siguiendo al Proyecto de 1851, comienza refiriéndose a la venta de un crédito litigioso, lo que no obsta a que en el artículo 1.536 aluda a derechos hereditarios y a derechos reales limitados. Esta incertidumbre del

²⁹ MANRESA Y NAVARRO, J. M. *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, 1950, págs. 436 y 437.

³⁰ COSSIO, A. *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1975, pág. 707.

³¹ GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil*, 1991, Madrid. Dirigido por M. ALBALADEJO y SILVIA DIAZ ALABART

lenguaje ha servido de base a divergencias en la interpretación del ámbito a que alcanzan estos preceptos, que intentó superar ya García Goyena, lo que no ha impedido una orientación restrictiva. Por mi parte, entiendo que la facultad que reconoce este artículo debe extenderse a cualquier derecho litigioso que haya sido objeto de cesión, como sostiene la mayoría de la doctrina.”

LACRUZ BERDEJO³² es otro de los autores que hace especial hincapié en que se omita la palabra “derecho”, y en su lugar se utilice la palabra crédito. Por otra parte, cita el mismo autor, que ha sido especialmente criticado por la doctrina el hecho de redundar “créditos y demás derechos incorporales”, cuando todos los derechos y créditos lo son.

CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA³³, en su análisis del artículo 1535 CC, comenta cuales son las ventajas del retracto de créditos litigiosos, y porque todas las partes pueden salir ganando:

La ventaja otorgada al deudor consiste en aprovechar la circunstancia corriente de que la venta de un crédito litigioso se hace por un precio menor que el nominal del crédito, precisamente, porque se vende un crédito que se encuentra discutido. De esta manera, pagando el deudor el precio fijado en la venta del crédito, más las costas y los intereses, puede lograr una disminución de la cantidad que se le reclamó originariamente. De este modo, todos salen ganando: el cedente obtiene la realización de su crédito litigioso, aunque por un precio menor de lo que reclamaba; el cesionario se ve inmediatamente reembolsado por la misma cantidad que pagó al cedente, y el deudor tiene la posibilidad de desobligarse pagando menos de lo que originariamente se le reclamó.

³² LACRUZ BERDEJO, J.L.. Derecho de obligaciones, Barcelona: 1985 pag. 296

³³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Código civil, comentarios, notas y jurisprudencia*, Madrid, 2007

3. EL RETRACTO DE CRÉDITOS LITIGIOSOS. CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES

3.1. Introducción al retracto de créditos litigiosos. Artículo 1535 del Código Civil.

Como ya hemos dicho anteriormente, sobre el tema se distingue la cuestión del retracto desde dos puntos de vista. En primer lugar, se ha de indagar en las principales cuestiones sustantivas que plantea esta institución.

El artículo 1535 CC se encuentra encuadrado en el capítulo VII del Título IV del Código Civil español (de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales), justo después de la regulación del retracto legal. El Código lo define en los siguientes términos: *Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago.*

En el mismo artículo, como veremos en los siguientes apartados, define un derecho que otorga a una persona la posibilidad de extinguir una deuda si su crédito se ha vendido a un tercero, y éste se encuentra en litigio, tras posterior abono de la deuda al acreedor inicial. En la práctica se conoce como “retracto de créditos litigiosos”, lo que plantea el problema de qué tipo de acción se podría ejercer contra el tercero adquirente.

Un supuesto práctico para entender la materia sería el siguiente: Una persona tiene un préstamo con Bankia, de 30.000 euros. Pocos meses después, esta persona deja de pagar el préstamo, y deja a deber 28.500 euros. Bankia procede a demandarle, pero tiempo después decide vender su crédito a un fondo llamado LCR Credit S.A., por 12.000 euros. ¿Tendría derecho el deudor, a través del artículo 1.535 del Código Civil, a extinguir la deuda abonando los 12.000 euros que pagó la cesionaria? Sobre esta problemática versarán los siguientes apartados del Trabajo.

3.2. Concepto y ámbito de aplicación. Aspectos sustantivos.

La primera pregunta con la que debemos iniciarnos en esta sección del trabajo es obligatoria, a efectos de comprender los conceptos más básicos. **¿Cuándo hablamos de créditos litigiosos?** Buscando resoluciones que me ayudase a discernir la idea, encontré la Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2008³⁴ de la que fue ponente ANTONIO SALAS CARCELLER, la cual expresaba que, pese a la terminología empleada, **hay una confusión de derechos**, ya que no se dan algunos de los elementos esenciales del retracto, pues no existe realmente una subrogación como su definición estricta, sino genuino derecho a extinguir el crédito mediante el reembolso del coste de la cesión (precio, intereses y costas). A la misma conclusión llegó el profesor ALBALADEJO³⁵: **El deudor extingue su deuda, pero no se subroga en derechos y obligaciones de la cedente.**

Del mismo modo piensa DE CASTRO³⁶, quien en todo momento hace alusión al “mal llamado retracto de créditos litigiosos” y fundamenta su rechazo en que no se da la situación de subrogación ni de rescisión

Aunque pueda dar pie al inicio de otro trabajo de TFM, otra de las cuestiones primarias que me planteé fue su **ámbito de aplicación**. No se puede solicitar el retracto de cualquier crédito, solo de aquel que se encuentre en litigio. De acuerdo con la redacción del artículo y posterior jurisprudencia, ya analizada, para que se dé el ámbito de aplicación se debe de haber instado, mediante previa demanda, un procedimiento civil, y debe de haber una contestación a la demanda oponiéndose por cuestiones de fondo (no pueden ser simples oposiciones por excepciones formales).

En cualquier caso, no parece que el momento procesal oportuno sea con la solicitud de la sucesión procesal por parte de la cesionaria³⁷. Ejemplo de ello es el Auto de la AP de Madrid de 22 de junio de 2017³⁸, donde se resuelve una apelación en el que el Juzgado de Primera Instancia había fallado dando la razón al consumidor, inadmitiendo la subrogación por no haberse cumplido con los requisitos del **artículo 1535 del Código Civil**.

³⁴ Tribunal Supremo Sala 1ª, S 31-10-2008, nº 976-2008, rec. 1429-2003.

³⁵ ALBALADEJO, M. *El negocio jurídico*, página 55, Barcelona, 1958.

³⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F, *Cesión de crédito litigioso. Aplicación del art 1535 del Código Civil. Sentencia 4 de febrero de 1952*. Pags 240 y ss, 1953

³⁷ Artículo 17 y 540 LEC.

³⁸ AP Madrid, sec. 8ª, A 22-06-2017, nº 239/2017, rec. 435/2017.

La AP de Madrid estima el recurso de apelación, y por lo tanto da la razón a la cesionaria, al declarar *que la mera solicitud de la sucesión procesal justificada por la sucesión del crédito es cuestión distinta al “crédito litigioso”* (no se entra a debatir sobre el propio crédito) y por ende **no son de aplicación los artículos 1535 y 1536 del Código Civil que regulan el retracto de créditos litigiosos.**

Concurren los requisitos del artículo 17 de la LEC (EDL 2000/77463), pues se ha aportado testimonio notarial de la transmisión del crédito, cuando la apelante fue requerida al efecto por el Juzgado, correspondiéndose con aquel en el que se fundaba la reclamación originaria, como se colige de los documentos nº 1 y 2 del escrito de 3 de Noviembre de 2016, consistentes en copia simple de la escritura de cesión del crédito individualizado y testimonio parcial notarial en relación a dicha escritura de cesión en el que se hace constar de manera expresa la numeración del contrato objeto de cesión y se identifica a los deudores, a quienes se había comunicado la cesión del crédito mediante burofax, no siendo de aplicación los artículos 1.535 y 1.536 del CC, por la mera sucesión procesal producida, justificada por la cesión del crédito, que es cuestión distinta al crédito litigioso a que se refieren los citados preceptos, y por ende esa cesión debe integrarse dentro de los supuestos de simple transmisión del objeto litigioso. (Autos de esta Sala de 2 de junio de 2016 Rollo 485/16, de 17 de diciembre de 2015, Rollo de Apelación 765/15 y AP de Valencia de 28 de Mayo de 2015, citado en el anterior), ni por ende precisa la notificación invocada al deudor, a pesar de haberse efectuado.

Sobre la subrogación, el profesor BERCOVITZ lo analiza de la siguiente manera: *“el efecto de la subrogación es, pues, el de mantener el crédito tal y como era antes del pago, en principio, tanto por lo que se refiere a su entidad (incluida la cuantía) como sus garantías (Art. 1212 CC). Ello quiere decir, que aunque el tercero pague menos, el crédito subsiste por su valor nominal, exactamente igual que ocurre en la cesión de crédito (Arts. 1528, 1535 del C.c.)”*³⁹

Para que se pueda ejercitar el retracto es necesario que el crédito sea litigioso. Hay un buen cuerpo jurisprudencial consolidado que restringe la noción de litigiosidad,

³⁹ BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1991

a los efectos del artículo 1535 CC, a aquellos **créditos respecto de los cuales está planteado un procedimiento orientado a dilucidar su existencia y exigibilidad, y no tanto a hacerlo efectivo**. Incluso se ha descartado la consideración como crédito litigioso en aquellos casos en que el demandado se haya limitado a contestar a la demanda sobre la mera oposición de excepciones formales, sin cuestionar su existencia o legitimidad. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1969 expresa lo siguiente:

“Aunque en sentido amplio a veces se denomina “crédito litigioso” al que es objeto de un pleito bien para que en este se declare su existencia y exigibilidad o bien para que se le lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el art. 1535 de nuestro Código Civil, “crédito litigioso” es aquel que habiendo sido reclamado judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible; es decir, el que es objeto de una “litispendencia” o proceso entablado y no terminado sobre su declaración”.

Tampoco se puede solicitar el retracto en momentos previos a un procedimiento judicial (véase por ejemplo, en una conciliación), ni cuando la persona demandada se allana, ya que lo relevante es que tiene que haber una discusión sobre la existencia del crédito.

Sentencias del TS posteriores resuelven conflictos de índole similar⁴⁰, en parecidos términos, apuntando la importancia que supone la definición del propio crédito litigioso para poder tener claro **cuando se puede solicitar el retracto**. Ambas Sentencias citadas completan el término “crédito litigioso”, de tal manera que se presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y la pendencia del cumplimiento exacto de la prestación, pero que nunca haya sido agotada o consumida tal relación.

Sobre el vocablo “crédito”, la STS de 31 de octubre de 2008⁴¹ hace mención de si es necesario restringir el término, o puede mencionarse de una forma más abierta⁴²:

⁴⁰ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 31-10-2008, Nº 976-2008; y Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 28-02-1991. Nº 149/1991

⁴¹ Tribunal Supremo Sala 1ª, S 31-10-2008, nº 976-2008, rec. 1429-2003

El tema más relevante que plantea la normativa, que es precisamente el nuclear del presente proceso, hace referencia al alcance del vocablo "crédito", con relación al que cabe mantener: bien una postura muy restrictiva, reduciendo su aplicación a los créditos dinerarios; bien un criterio más abierto, comprensivo de otros derechos de crédito o personales; o bien una solución amplia que abarque todos los derechos y acciones. La doctrina jurisprudencial utiliza la fórmula amplia en la Sentencia de 14 de febrero de 1903 y sigue un criterio más restrictivo en las Sentencias de 4 de febrero de 1952 y 28 de febrero de 1991. La doctrina civilista en su casi totalidad, y especialmente, de modo decidido, su sector más relevante, se inclinan por la interpretación más amplia. Se pone de relieve que, a pesar del tenor literal del art. 1.535 EDL 1889/1 en relación con la acepción vulgar del vocablo crédito, dicha interpretación amplia es la que se deduce de nuestra tradición jurídica y del contenido del Código.

Es decir, no solo son créditos los dinerarios, sino que también deben considerarse como tal los que sean de otros derechos de crédito o personales. En tal supuesto sí se daba la aplicación del 1535 C.c. ya que se encontraba ante una transmisión onerosa en la que el crédito carecía de sentido sin una Sentencia firme, y se solicitaba con la contestación a la demanda.

¿Se puede pedir el retracto sobre todo tipo de créditos? El profesor CASTÁN⁴³ es partidario de extender la facultad retractual a todo tipo de cesión onerosa, mientras que GARCÍA CANTERO⁴⁴, por su parte, entiende que no cualquier cesión o transferencia del crédito da origen a la facultad que el art. 1535 CC otorga al deudor.

Definitivamente, sólo son susceptibles de retracto las cesiones que se efectúan mediante precio, excluyéndose los actos a título lucrativo (*inter vivos* o *mortis causa*), porque en ellos está ausente toda idea de especulación.

La conclusión que yo extraigo de todo ello es que la pendencia de un procedimiento donde no se esté discutiendo la existencia de un crédito (por ejemplo, una ejecución) no legitima al deudor a ejercitar el derecho de retracto del mismo. Es necesario que el crédito sea "litigioso", y, en consecuencia, que exista una controversia

⁴² *Revista de Jurisprudencia*, Año IV, N°3, diciembre de 2008. Ed: El Derecho Editores.

⁴³ CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español*, 1951, Madrid, Pág. 572

⁴⁴ GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. por ALBALDEJO, Madrid, 1980. Pág. 701.

en cuanto a la existencia del mismo, (o, lo que es lo mismo, un procedimiento autónomo). Sin embargo, el error procesal más habitual es pretender ejercitar esa vía cuando se ha solicitado la sucesión procesal dentro de un procedimiento de ejecución.

En definitiva, una cosa es la figura del retracto de créditos litigiosos, y otra la propia cesión autónoma de créditos.

Parece, en atención a lo anterior, que ha de **instarse un procedimiento autónomo** donde se pueda discutir el crédito y solicitar el retracto.

3.3. Aspectos procesales.

Como ya hemos dicho en el apartado anterior, es reiterada la Jurisprudencia, que en cuanto a los aspectos procesales para que se entienda por litigioso el crédito a mayores de lo que la idea general del crédito litigioso se da en el 1535 CC pues nos encontramos en que se ha iniciado un juicio ordinario, se ha producido la contestación, no se le ha notificado normalmente al deudor inicial y el acreedor inicial ha transferido en bloque con otros créditos el de una persona.

Se desarrollarán varios puntos de vista formales que pueden perturbar la subrogación procesal. Como se analiza en el trabajo, es prácticamente imposible la aplicación del artículo 1535 CC en un procedimiento, ya que se suelen vender las carteras en bloque (artículo 1532 CC), y además se suele solicitar en momentos procesales en los que ya no se puede entrar a debatir la existencia del crédito. Sin embargo, el fondo sí puede llegar a perder la posibilidad de personarse en un procedimiento por meras cuestiones procesales, y por lo tanto de reclamar la deuda.

Así pasa en el procedimiento ETJ nº 874/2010, del Juzgado de Primera Instancia Nº4 de Manresa, mediante Decreto de 1 de julio de 2016⁴⁵ que luego se confirmó mediante Auto, que resolvió denegando la solicitud de sucesión procesal de un fondo en la posición que ocupaba hasta ese momento el banco.

⁴⁵ Juzgado Primera Instancia 4 Manresa. Decreto de 1 de julio de 2016, nº 874/2010 (ETJ).

3.3.1. Sobre el crédito individualizado

Se defiende en este caso que no se acredita el importe del crédito cedido, ni la liquidación de la deuda reclamada. Lo único que se aporta es un testimonio parcial de la escritura pública del contrato de compraventa o cesión de créditos donde solo se indica que dentro de los créditos cedidos se halla el derivado del contrato suscrito entre cedente y un deudor determinado, sin indicar más datos concretos referentes al contrato.

En otros términos, en el mismo decreto se expresa lo siguiente:

Indicar de igual modo, que dada la fecha del contrato en el que, al parecer, fue firmado, pueden haberse producido pagos a cuenta al anterior acreedor que no hayan quedado reflejados.

Esto es importante, ya que, en los contratos de compraventa de créditos, como bien se apuntará en siguientes apartados del trabajo, normalmente se hace una cesión en bloque, y no de manera individualizado (varios créditos a la vez, en cartera, y no uno por uno). Los Juzgados suelen admitir como válidas este tipo de transmisiones de créditos, sustentado en el derecho que ofrece el artículo 1532 del Código Civil, y por ello no es necesario aportar el precio del crédito individual, ya que éste realmente no existe, pues hay un único precio que es el de la venta de la cartera.

3.3.2. Sobre la notificación obligatoria al deudor. Recurso posterior.

Resulta interesante el segundo de los Fundamentos de Derecho, donde el letrado de la Administración de Justicia hace referencia a la **obligación que tiene la entidad cedente de NOTIFICAR al deudor** sobre la cesión del crédito. Se expresa en la resolución que *“Téngase en cuenta que el deudor, que aunque no interviene en la cesión de créditos, sí que le afecta su resultado y por tanto debe de constar su comunicación a los efectos de que pueda ejercitar los derechos que le corresponda, pues se le considera un tercero en la relación (...) una notificación fehaciente no es la efectuada por una entidad o empresa privada que tiene un contrato marco con la cesionaria y que expide de forma unilateral un certificado, que a efectos judiciales no tiene valor como tal. Debe por tanto la presentante del escrito realizar una notificación*

fehaciente e imparcial, ya que las manifestaciones vertidas por una sociedad que se lucra con dicha actividad están de ser una notificación fehaciente”.

Ante tal recurso de revisión, el Juez resolvió mediante auto⁴⁶ desestimando las pretensiones del fondo, confirmando el anterior decreto, pues “No se acredita el importe del crédito que ha sido objeto de la cesión en su importe cuantitativo y cualitativo”; “No se aporta una liquidación de la deuda reclamada”; “Y tampoco se ha notificado de forma fehaciente al deudor la sucesión para que pueda ejercitar los derechos que le convenga.”

3.3.3. Conclusión sobre el punto

En cuanto antecede, se resuelve mediante decreto del Secretario Judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, y del que cabe destacar que el interés primordial del fondo, si no consigue personarse en el procedimiento, de poco ha servido el negocio jurídico de la venta de créditos. No hay que confundir este efecto con una posible aplicación del retracto de créditos litigiosos, pues este no se llega a aplicar, sino que se produce una desestimación de la subrogación procesal⁴⁷ en base a elementos meramente procesales, como son la falta de individualización del crédito y de la notificación al deudor. Aún así, el acreedor original podría seguir instando la ejecución.

3.4. Otras cuestiones formales. Litigiosidad en un procedimiento ordinario.

Es importante comprobar lo importante que es la existencia de un debate en cuanto a la existencia del crédito, para que pueda entrar en juego el papel del retracto de créditos litigiosos.

En resolución de la AP de Valencia⁴⁸, se defiende que el crédito deviene litigioso en el momento en el que un deudor se opone en un procedimiento Monitorio, y este se tiene que tramitar, tras demanda, por el cauce del juicio ordinario. Así pasa en este procedimiento, donde el Banco Santander presenta solicitud de procedimiento

⁴⁶ Juzgado Primera Instancia 4 Manresa. Auto de 9 de junio de 2017, nº 874/2010 (ETJ).

⁴⁷ Artículos 17 y 540 LEC.

⁴⁸ AP Valencia, sec. 11ª, S 28-2-2017, nº 52/2017, rec. 629/2016

monitorio el día 02 de marzo de 2015, contra unos deudores. El crédito fue transmitido a un fondo (Aiqon Capital, S.A.R.L.), y durante el proceso se solicitó la sucesión procesal.

Sin embargo, defiende la AP de Valencia, que al presentar oposición los deudores, y tener que tramitarse, tras previa demanda del banco, a través de la vía ordinaria, *el crédito objeto de cesión era litigioso, sin que el que devino demandante en el procedimiento mediante el instrumento procesal de la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso (artículo 17 LEC), acreditara haber notificado al deudor el precio de la cesión del crédito.*

Consecuencia de lo anterior, la AP de Valencia toma la siguiente determinación:

En consecuencia, producida la transmisión el crédito cedido dejó de ser líquido, sin que la audiencia al deudor que prevé el precepto procesal subsane el defecto sustantivo, por cuanto en la documentación aportada no consta el precio dado por el cesionario al cedente al objeto de que el demandado pueda ejercitar el retracto que le otorga el transcrito artículo 1.535 del Código civil (EDL 1889/1) o hacer dejadez de su derecho. Por todo ello, procede la estimación del motivo de recurso, con revocación de la Sentencia dictada y, en su lugar, dictar otra desestimatoria de la demanda deducida.

El resultado fue la desestimación de la demanda formulada por Aiqon Capital S.A.R.L., ya que, visto lo anterior, no se acreditaba ni el precio del crédito, ni se había instado al deudor a poder ejercer su derecho a retracto.

Basándome en la anterior Sentencia, se da un error del fondo de inversión, por adquirir un crédito que aún se encontraba en fase litigiosa. Lo más común en la práctica es que los fondos adquieran créditos que ya se encuentren en fase de ejecución. Los bancos instan los procedimientos Monitorios, verbales y ordinarios que sean necesarios para obtener un Decreto o Sentencia con carácter ejecutivo, y son luego los fondos los que se subrogan en la posición de la entidad financiera para continuar con la ejecución.

Por lo tanto, y teniendo claro este ejemplo, **hasta que no se obtiene un título ejecutivo el deudor tiene la posibilidad de alegar el llamado retracto de créditos litigiosos**, ya que en esos momentos procesales se está discutiendo la existencia del propio crédito.

3.5 Legislación concordante.

Nos ha parecido interesante presentar sucintamente algunos aspectos de la legislación concordante, que dividimos en los siguientes apartados:

A) La relación de la venta en globo (art 1532 CC) con el retracto de créditos litigiosos

Uno de los puntos que me han resultado de interés en el estudio de mi trabajo, a la hora de indagar posibles motivos para desestimar una solicitud de retracto de crédito litigioso, era por **tratarse de una transmisión de carácter NO INDIVIDUALIZADO.**

O, lo que es lo mismo, **una venta en globo de las reguladas en el artículo 1.532 del Código Civil.** Cuando la transmisión o la cesión es de una cartera de créditos, como se suele ver en la práctica, no nos encontraríamos ante el caso de un solo crédito individualizado. Reproduzco a continuación lo que dice el Código en su artículo 1.532:

El que venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte.

Algunos pronunciamientos respaldan que ni siquiera es posible la exigencia de la determinación del precio de la transmisión. En este sentido, la AP de Valencia⁴⁹ ya se ha pronunciado por ello en alguna ocasión, en los siguientes términos: *“la exigencia de determinación de precio abonado por el cesionario excede de lo exigible conforme el artículo 17 LEC, pues deriva de un pacto privado ajeno al procedimiento de ejecución pendiente.”*

Una de las prácticas más habituales en la transmisión de créditos es no realizarlas de una manera individualizada, sino que se ceden o venden todos en bloque o en globo, como una cartera de créditos. De este modo no existe un precio de venta del crédito, e imposibilita al deudor a que pueda solicitar el derecho al retracto de créditos litigiosos.

Esto viene a impedir dos cosas: la primera, que se pueda exigir el precio individual de la transmisión (pues lo que se vendió fue la TOTALIDAD DE LA

⁴⁹ AP Valencia, sec. 9ª, A 3-5-2017, nº 539/2017, rec. 2933/2016

CARTERA, donde también se incluía, entre otros, el crédito del deudor que está solicitando el retracto), y la segunda la imposibilidad de solicitar el retracto de créditos litigiosos, porque no estamos ante un supuesto regulado en el 1.535 CC (crédito individualizado), sino ante una venta en globo del 1.532 CC. No se cumplen los requisitos previstos para poder solicitar en su caso el retracto.

Al venderse los créditos como un “todo” se integraría en una Comunidad de tipo germánica, indivisible, donde la cosa es íntegramente de todos, a diferencia de una comunidad romana donde existen cuotas de participación.

B) Fuero Navarro.

El Código Civil español no es el único texto normativo que en nuestro país trata el tema del retracto de créditos litigiosos, ya que la Ley 511 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra también lo hace. En su Capítulo V dispone que *"El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor, pero cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito"*.

El Auto de 27 de abril de 2016, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pamplona analiza la figura de la Ley 511 y resuelve disponiendo que en la regulación Foral el crédito no tiene que ser litigioso y que "la consecuencia esencial de la distinta regulación es que **en el marco del Derecho Foral Navarro el cesionario que reclama al deudor el importe íntegro del débito puede incurrir en pluspetición** ya que el pago del total no le es exigible, pudiendo el deudor liberarse pagando una cantidad inferior, en este caso el importe de la cesión más los intereses legales y los gastos que le hubiera ocasionado la reclamación. Ello exige lógicamente y con carácter previo, conocer el importe de dicha cesión."

C) Derecho Civil Catalán.

Por su parte, en Cataluña, hay una clara referencia al retracto de créditos litigiosos en la Ley 24/2015 de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la

emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, suspendida actualmente por el TC para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. En su disposición adicional (la única incorporada en la Ley) se expresa lo siguiente:

En la cesión de créditos, el acreedor puede ceder su crédito contra el deudor si el crédito ha sido garantizado con la vivienda del deudor y este es un consumidor. Si la cesión es a título oneroso, el deudor queda liberado de la deuda abonando al cesionario el precio que este ha pagado más los intereses legales y los gastos que le ha causado la reclamación de la deuda.

La vigencia de esta disposición está suspendida actualmente por el TC, tras recurso de inconstitucionalidad n.º 2501-2016.⁵⁰, pendiente a día de hoy de resolución.

D) El juego de la ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión

La mencionada ley realiza la función de trasponer dos directivas europeas⁵¹ sobre materia bancaria, para dar respuesta a la crisis financiera. Se trata de una norma que busca soluciones a momentos de dificultad económica, dando una mayor seguridad a los inversores o a los propios depositantes. Regula un procedimiento administrativo especial que será aplicable a entidades financieras “no viables” y que sustituye, en su caso, a los concursos de acreedores, ya que estos devienen ineficaces, salvo que las entidades financieras sean de reducido tamaño. Esta norma es “heredera” de la Ley 9/2012⁵², que ya contemplaba varias de las medidas resolutivas que trata este nuevo texto.

¿Qué relación tiene con el tema tratado en este TFM? Veamos a continuación que dice su artículo 29.4:

⁵⁰ Recurso de inconstitucionalidad n.º 2501-2016, contra los artículos 2 (apartado 2), 3, 4, 5 (apartados 1, 2, 3, 4 y 9), 7, la disposición adicional, la disposición transitoria segunda (apartado primero y apartado segundo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 7) y la disposición final tercera de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

⁵¹ En este sentido, se trasponen tanto la Directiva 2014/59/UE, como la Directiva 2014/49/UE

⁵² Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

La transmisión de activos estará sometida a las siguientes condiciones especiales:

b) Para la transmisión de créditos que tengan la consideración de litigiosos, no resultará aplicable lo dispuesto en el artículo 1535 del Código Civil.

Es decir, cuando se cumpla el ámbito objetivo de la ley, y la entidad financiera se encuentre intervenida por el FROB, no será de aplicación el artículo 1535 CC. Esto viene a “blindar” la cesión de créditos, y a impedir al deudor que pueda adquirir de forma legítima su crédito vendido. En un sentido idéntico, la ya derogada ley 9/2012 regulaba exactamente lo mismo en su artículo 36.4.b.

4. CONCLUSIONES.

4.1. Desarrollo del TFM.

Como se comentó al inicio de esta investigación, de entre todos los problemas que plantea el Derecho al retracto de créditos litigiosos, se ha optado por indagar y buscar resolución principalmente a **dos de éstos** que imposibilitan de algún modo la estimación del derecho del artículo 1535 del Código Civil.

1) Por una parte, los créditos no se ceden de forma unitaria, sino que se hace en bloque. Ya hemos podido ver en el desarrollo de esta investigación como es una de las prácticas que se realizan habitualmente entre bancos y fondos de inversión, aprovechando la redacción del artículo 1532 CC. Al venderse en bloque la cartera, no existe un precio por el que se haya vendido el crédito, por lo que el deudor no puede solicitar la extinción de la deuda pese a saber que su crédito se ha enajenado, en conjunto con otros muchos, por unas condiciones mucho más favorables de lo que luego el fondo de inversión le reclama judicialmente. Es decir, pese a que no hay un “precio real” de la venta de su crédito, porque se ha vendido de forma conjunta con otros tantos, es de sobra conocido que el pasivo bancario se ha enajenado por un valor muy reducido al real.

2) El segundo de los problemas es de tipo procesal: el momento en el que se solicita el retracto. Una de las prácticas habituales es que la cesión de se produzca una vez se dicta Sentencia que condene al pago al deudor, por el total del crédito adeudado, y se haya instado ya la ejecución. Los fondos suelen adquirir pasivo bancario que se encuentre ya en ejecución, por lo que ya no se discute el crédito, y el artículo 1535 CC pierde eficacia.

Siguiendo el hilo del presente trabajo, uno de los requisitos para que se pueda solicitar el derecho al retracto de créditos es que precisamente este se encuentre en litigio, y exista una discusión sobre el mismo.

Sobre la problemática de la notificación y el importe por el que se ha vendido el crédito, la práctica de muchos Juzgados es desestimar la Sucesión procesal, pero no así estimar el derecho al retracto, ya que, como he dicho antes, no existe un precio unitario

de la venta del crédito. Sin embargo, el acreedor original podría seguir instando la ejecución.

4.2. Conclusiones

Para finalizar el Trabajo, me gustaría establecer mi propia opinión sobre el tema. A lo largo de mis prácticas en un despacho de abogados, donde la recuperación de carteras es uno de sus principales departamentos, he podido seguir de cerca el tema, viendo cómo se debate en muchos procedimientos.

Normalmente, los deudores y muchos abogados suelen desconocer el estudio de esta figura, y se lanzan directamente a solicitar el derecho al retracto en tiempo y forma errónea. En tiempo, porque el crédito ya se está ejecutando en la mayoría de casos, por lo que ya no se está discutiendo, y en forma porque no se puede solicitar el derecho al no existir un precio individualizado de la venta. Sin embargo, sí pueden conseguir que se desestime la sucesión procesal, pero no por ello se extingue la deuda, ya que el acreedor original sigue personado y podría continuar la ejecución.

En mi opinión, viendo como es la práctica bancaria, creo que es realmente difícil que se estime el retracto de créditos litigiosos, ya que se necesitaría un precio de venta. Es mucho más sencillo, conociendo el día a día en un despacho de abogados, la negociación o mediación con el propio fondo, algo que también se ve con frecuencia.

Al final, pese a que no se conoce el precio unitario de venta del crédito, es evidente que con la enajenación se acaba traspasando por un valor muchísimo inferior al que se reclama judicialmente. Es por ello que los fondos están abiertos en muchos casos a renegociar la deuda, ya que a poco que recuperen, ya han salido ganando con el negocio.

Finalmente, mi recomendación para alguien que mantiene una deuda con un banco, y cuyo crédito se ha cedido a un fondo de inversión, es que negocie con los letrados de la compañía directamente la deuda. Podría evitar muchos trámites judiciales y pérdidas en costas, ya que en la ejecución no es posible discutir el importe del crédito, y tampoco es posible la estimación del derecho al retracto de créditos litigiosos. Lo único que podría conseguir es la desestimación de la sucesión procesal, por no haberse

cumplido los requisitos, lo cual no evita que el acreedor inicial pueda seguir instando la ejecución.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. NORMAS UTILIZADAS

- Código Civil: artículos 1532, 1535 y 1536.
- Código Civil portugués: artículo 579
- Código Civil italiano: artículo 1261
- Código Civil francés: artículo 1699.
- Ley de Enjuiciamiento Civil: artículos 17 y 540.
- Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 511).
- Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.
- Ley 24/2015 de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, suspendida en la actualidad por Recurso de inconstitucionalidad n.º 2501-2016.

5.2. RESOLUCIONES CONSULTADAS

Tribunal Supremo

- Tribunal Supremo Sala 1ª, S 28-02-1991. N° 149/1991
- Tribunal Supremo Sala 1ª, S 21-9-1993, N° 860/1993.
- Tribunal Supremo Sala 1ª, S 31-10-2008, N° 976-2008.

Audiencias Provinciales

- AP Madrid, sec. 8ª, A 22-06-2017, n° 239/2017.
- AP Valencia, sec. 11ª, S 28-2-2017, n° 52/2017, rec. 629/2016
- AP Valencia, sec. 9ª, A 3-5-2017, n° 539/2017, rec. 2933/2016

Juzgados de Primera Instancia

- Juzgado Primera Instancia 4 Manresa. Decreto de 1 de julio de 2016, nº 874/2010 (ETJ). Confirmado mediante Auto de 9 de junio de 2017, nº 874/2010 (ETJ).

5.3. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958.
- BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1991
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967
- DE CASTRO Y BRAVO, F, *Cesión de crédito litigioso. Aplicación del art 1535 del Código Civil. Sentencia 4 de febrero de 1952*, Madrid, 1953
- CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español*, Madrid, 1951.
- COSSIO, A. *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1975.
- DANVILA. *Sesión de 23 de marzo de 1889, n. Q 77*, El Código civil. Debates parlamentarios, 1885-1889, tomo H, Madrid, 1989.
- DE LOS MOZOS, J.L. *Derechos reales de adquisiciém*, Estudios sobre Derecho de los bienes, Madrid, 1991.
- DIEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Edición del año 2011, Madrid.
- GARCIA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852.
- GARCÍA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. por ALBALDEJO, M y DIAZ ALABART, S, Madrid, 1980.
- LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français*, Paris, 1878.

- LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil*, Madrid. Edición año 2010
- LACRUZ BERDEJO, J.L.. *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1985
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, 1950.
- NAVARRO PEREZ, J.L. *El retracto de créditos litigiosos*, Granada, 1989.
- PLANITZ, H. *Principios de Derecho privado germánico*, traducción al castellano de la Ed. Bosch, Barcelona, 1957.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Código civil, comentarios, notas y jurisprudencia*, Madrid, 2007
- VÉLEZ TORRES, J. R. *Derecho de obligaciones: Curso de Derecho Civil*, Puerto Rico, 1997.

5.4. REVISTAS CONSULTADAS

- ROMERO GARCÍA-MORA, G. “Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraible”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2010. BIB 2010\1072.
- *Revista de Jurisprudencia*, Año IV, N°3, diciembre de 2008. Ed: El Derecho Editores.
- SOLER SOLÉ, G. “Cesión de cartera de créditos litigiosos (subrogación procesal y del derecho de retracto de créditos litigiosos)”, *Revista de Derecho vLex*, ISSN: 2462-3423,