

Sobre la problemática cesión y «retracto» de créditos litigiosos

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de GA_P

El artículo 1535 del Código Civil permite que el deudor «extinga» su deuda cuando ésta sea litigiosa y el crédito correspondiente haya sido cedido luego a tercero por su titular; el crédito se extinguiría mediante el «reembolso» de la cantidad que el cesionario hubiera satisfecho por él, que se supone es menor que el valor nominal del crédito. Dictado en origen contra los que especulaban con pleitos ajenos, se trata de un precepto que ha adquirido un inesperado nuevo auge desde que se ha hecho contencioso el asunto de las titulizaciones y de las refinanciaciones de deuda distressed. En esta nota no se pretenden agotar todos los puntos posibles en la interpretación del precepto (existen buenos comentarios sobre él), sino seleccionar una serie de asuntos problemáticos hoy u olvidados en la exégesis ordinaria.

«Retracto». Tradicionalmente, la institución ha sido concebida como un «retracto» del crédito litigioso, opinión que se sustentaba básicamente en el «mágico» plazo de nueve días, que coincidiría con el del artículo 1524 del Código Civil (CC) y del artículo 1617.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881¹. Pero no hay retracto alguno, sino figuradamente. Ya no existe en puridad un

¹ «La normativa de los arts. 1535 y 1536 CC, en los que se regula el alcance de la facultad de un deudor de extinguir un crédito litigioso en caso de venta del mismo, mediante el reembolso al cesionario del precio, costas e intereses, y que algunos autores, por influencia de comentaristas franceses, denominan *retracto de*

«juicio de retracto» como el diseñado por los artículos 1617 y siguientes de la ley procesal derogada, y la demanda eventual de ejercicio del artículo 1535 del Código Civil tendrá que ser conducida por los juicios ordinarios o verbales de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De hecho, ni siquiera es una demanda de retracto del artículo 249.1.7.º de esta ley, por lo que el tipo de juicio procedente dependerá de la cuantía del litigio. La pretensión procesal que se articule no será una demanda constitutiva de la *adquisición* del crédito litigioso, sino constitutiva de *condena a que el crédito resulte extinguido por el pago de la cantidad que resulte en el juicio*. Y no es una pretensión declarativa pura —la extinción del crédito no depende de la declaración, sino del pago—, porque la sentencia será susceptible de ejecución (*impropia*, la llaman los procesalistas), como se dirá. Y como la pretensión tiene como objeto extinguir el crédito, es seguro que cabe un ejercicio extrajudicial de aquélla mediante el pago o la consignación.

Ley aplicable. El artículo 1535 del Código Civil es parte de la *lex contractus* española, la cual habrá de ser aplicable a la relación de la que nace el crédito cedido para que aquel precepto resulte operativo. En consecuencia, si la ley española no se aplica al contrato subyacente a la cesión, no cabrá al deudor cedido el recurso al retracto del mencionado artículo 1535. El artículo en cuestión no es una «ley de policía» en el sentido del artículo 9.1 del Reglamento de la Unión Europea Roma I. En mi opinión, no es siquiera una norma imperativa (salvo si el deudor es consumidor), y puede ser excluida en el contrato del que nace el crédito. No tiene ninguna importancia a qué ley nacional esté sujeto el contrato de cesión, pues ello no puede eliminar un recurso que al deudor cedido le confiere la ley aplicable al crédito subyacente, si ésta es la española.

Arbitrajes sobre la prima fotovoltaica. Los créditos eventuales que los inversores en energías renovables vayan a tener reconocidos en sentencias o en laudos internacionales contra el Estado español son créditos sujetos a la ley española, aunque el fundamento del arbitraje y la obligación de trato justo y equitativo nazca de un instrumento internacional como es la Carta de la Energía, tratado suscrito por España. En consecuencia, el Gobierno de España podrá retraer el crédito litigioso si los inversores lo ceden a terceros. El ejercicio del artículo 1535 del Código Civil no podrá hacerse en la misma sede arbitral en la que se estén conociendo las reclamaciones de responsabilidad contra España, sino en un proceso (seguramente) sujeto a la competencia judicial española.

Aportación a fondos de titulización. No procede el retracto de créditos (litigiosos) ordinarios ni de participaciones hipotecarias (o de certificados de transmisión hipotecaria) cedidos o incorporados a fondos de titulización a que se refieren la Ley 2/1981 (art. 15) y la Ley 5/2015 (arts. 15.1a, 16.1a [«cesión»] y disp. adic. 4.ª.6). Estas cesiones no tienen efectos especulativos a costa del cedido y se realizan, además de para crear nuevos instrumentos de inversión minorista, para sanear el balance de las entidades generadoras del crédito.

crédito litigioso, y como retracto se le da tratamiento procesal en la práctica (aunque propiamente no lo es porque no hay subrogación [...]). Nos hallamos ante una figura jurídica controvertida...» (STS de 31 de octubre del 2008).

Navarra. La ley 511 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra permite que el deudor extinga el crédito cedido sin necesidad de que éste sea litigioso. Este precepto procedería si la ley civil navarra fuera aplicable a la relación de la que nace el crédito, en los términos del artículo 10.5 del Código Civil. Con todo, la Audiencia Provincial de Navarra ha sostenido (Sentencia de 30 de enero del 2009) que la ley 511 no se aplica a contratos (préstamos) de naturaleza mercantil. Doctrina poco fundamentada, porque el artículo 1535 del Código Civil se aplica indudablemente a los contratos mercantiles.

Litigioso. Según el precepto comentado, un crédito es litigioso «desde que se conteste a la demanda relativa al mismo». Creo que en este punto hay que atenerse a los términos del legislador sin proponer interpretaciones expansivas que sustituyan «contestación» por «demanda» o por «emplazamiento» (correctamente, STS de 8 de abril de 1904). La norma parte de que el crédito era ya litigioso cuando se cedió (STS de 29 octubre 1964); estimo que el deudor cedido no puede convertir el crédito en litigioso después de la cesión ni cuando el cesionario ya le demanda el pago. Me parece que la razón para esta interpretación estricta de la norma procede de que el privilegio del deudor cedido tiene sentido cuando el crédito era litigioso antes de la cesión, y por esta razón el cesionario (se presume) lo compró a la baja; es decir, resulta preciso que el crédito no se haya hecho litigioso *precisamente en consideración al subsiguiente «retracto»*. En consecuencia, si el deudor cedido excepciona por vez primera el crédito cuando le reclame el cesionario, no podrá pretender acumuladamente ni en pleito aparte el privilegio de redención del artículo 1535 del Código Civil. El crédito no es litigioso por el solo hecho de que la necesidad de demandar ya revele la dudosa solvencia del deudor, convirtiendo por ello al crédito en *distressed*. Un crédito difícilmente cobrable de un insolvente no es como tal un crédito litigioso (SAP Barcelona de 18 de octubre del 2004). Mas tampoco es preciso que recaiga sentencia; si se piensa, es imposible lógicamente tal propuesta: la sentencia despeja la duda que lo hacía litigioso, porque la sentencia no puede contener un *non liquet* y seguir declarando el crédito como litigioso². El deudor puede hacer litigioso un crédito —¡pero no a efectos del artículo 1535 del Código Civil contra el cesionario ya titular!— *mediante el expediente de solicitar judicialmente que se declare como litigioso* cuando el titular del crédito no ha demandado su pago. En principio un deudor no podría hacer litigioso su crédito mediante la oposición de excepciones de fondo en el procedimiento ejecutivo, pero la posibilidad de que dichas excepciones puedan comprender pluspetición, prescripción o incursión en cláusulas abusivas (art. 557 LEC) obliga a desechar la propuesta como excesivamente formalista porque a través de tales excepciones puede ponerse en cuestión la «existencia, naturaleza, extensión, cuantía, condiciones o vicisitudes» de la relación (definición de *litigiosidad* conforme a la STS de 28 de febrero de 1991). Si, antes de que se despeje la contingencia de litigiosidad, el deudor retrae por el artículo 1535 del Código Civil en otro proceso, el primero se encontrará en situación de sobrevenida falta de objeto conforme al artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

² Dejo sin contestar la compleja cuestión de si un codeudor solidario demandado puede hacer litigioso todo o parte del crédito oponiendo *pro parte* una excepción «personal» que corresponda a otro codeudor, que no la haya opuesto o que no haya sido demandado (art. 1148 CC).

Cesión global. Es una cuestión muy discutida si el retracto del artículo 1535 del Código Civil ha de aplicarse a las cesiones globales o carteras de créditos. La Audiencia Provincial de Madrid lo ha negado de forma sucesiva recientemente (Sentencias de 29 de septiembre del 2016, de 24 de julio del 2017 y de 26 de junio del 2017, y Auto de 1 de junio del 2017); la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril del 2015 también lo ha sostenido, al menos si la sucesión universal se produce en un proceso de modificación estructural societaria. Ciertamente, no habría congruencia entre lo que se cede y lo que se retrae, y el precio del todo no es en este lugar la suma del precio de las partes. Con todo, hay que tener en cuenta que una cesión en globo requeriría de créditos de la misma clase (una cartera de créditos homogéneos) contra uno o varios deudores. ¿Será lo mismo cuando se ceda una pluralidad de créditos contra un deudor por un precio único, pero siendo los créditos singulares ciertamente autónomos? Por ejemplo, la cesión de los créditos que componen el «paquete de una financiación». En mi opinión, no cabe el retracto cuando el objeto vendido no se corresponde con el crédito «retraíble», fundamentalmente cuando no ha existido en la cesión una desagregación del precio único y quepa entender que la cesión única del paquete es la solución económicamente razonable. Pero la misma razón obliga, inversamente, a admitir la procedencia del «retracto» parcial si ha existido una cesión parcial o una venta de cartera con precio claramente singularizado por cada crédito (SAP Barcelona de 2 de marzo del 2011).

Cesión principal y accesorio de la cesión. Un crédito «principal» contra el deudor A puede ser cedido de forma que comporte la transmisión de otros créditos que el mismo acreedor tenga contra B y respecto de los cuales no se haya pagado un precio singularizado. Estos créditos secundarios irían a poder del cesionario, por la vía del artículo 1528 del Código Civil, como una «garantía» o un «accesorio». Por ejemplo, cuando se cede el crédito principal de financiación, quedan cedidos los créditos accesorios contra accionistas del deudor que estuvieran contenidos en el accesorio *contrato de apoyo* de los accionistas del deudor. Estos créditos del contrato de apoyo habrán pasado a manos del cesionario del crédito principal por el artículo 1528 del Código Civil, y no cabrá sobre ellos «retracto». Obsérvese que tampoco hay cesión de crédito cuando el cesionario del crédito principal se adjudica en su favor el crédito sobre el que recaía una prenda de crédito que fue constituida en favor de este cesionario o transmitida a él en virtud del artículo 1528 del Código Civil.

¿Dónde no puede ejercitarse el «retracto»? No puede ejercitarse en el incidente de oposición a la sucesión procesal del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No puede ejercitarse en vía de oposición al procedimiento ejecutivo en el que se hace valer el crédito, aunque considero —repito— que algún tipo de oposición de fondo puede hacer litigioso al crédito que no lo era³. Desde luego, no puede hacerse valer en el trámite de oposición al ejecutivo hipotecario del artículo 695 de la

³ Sin valor decisivo, la jurisprudencia ha venido haciendo referencia, empero, a la necesidad de una «sentencia» para que el crédito adquiriera la condición de litigioso (SSTS de 16 de diciembre de 1969 y de 31 de octubre del 2008). Pero yo creo que lo que se quiere decir es que será precisa una sentencia para que el crédito ya litigioso deje de serlo: es obvio, la sentencia que desestima la excepción opuesta en la contestación a la demanda.

Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 1535 del Código Civil no puede hacerse valer por deudor concursado. No ya sólo no hace «litigioso» el crédito el hecho de que la administración concursal o el deudor combatan la calificación concursal que proponga el acreedor, sino que, más de fondo, el ejercicio del retracto comportaría pagar a un acreedor (al cesionario) sin seguir el cauce prescrito por las normas concursales. El «retracto» puede hacerse valer por el deudor aunque la pretensión del titular del crédito fuera la resolución por incumplimiento; considero no decisivo que el párrafo III de la norma parezca exigir una «reclamación de pago».

Modos de ejercicio. Si la figura del artículo 1535 del Código Civil fuera objetivamente un retracto, a falta de acuerdo asimismo de las partes implicadas, *seguramente* el retrayente no podría hacer ejercicio extrajudicial de su derecho a retraer (adquirir), o, lo que es lo mismo, tal ejercicio no suspendería el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción. Pero, como la institución del artículo 1535 del Código Civil es la de un simple modo de extinción del crédito por pago (pago especial, es cierto), no puede objetarse su ejercicio extrajudicial. Más allá de los casos no problemáticos de acuerdo entre los interesados, el deudor cedido puede consignar (precio, costas, intereses). Si la consignación se declara bien hecha —en caso de que el acreedor se hubiera opuesto—, el crédito cedido estará extinguido. Si no está bien hecha, puede haberse consumido ya el corto plazo de ejercicio. El deudor no habrá ejercitado correctamente su derecho (es decir, no se suspende la caducidad temporal) con la simple declaración extrajudicial de ejercicio (sin pago que sea correcto) de su derecho a retraer o extinguir el crédito. En estos casos el derecho sólo se entenderá ejercitado si se hace valer en plazo en forma de demanda.

Plazo de ejercicio. El plazo de nueve días para extinguir el crédito empieza a correr desde que el deudor cedido tiene conocimiento de la cesión, aunque no pueda «retraer» en ese eventual procedimiento en el que ha adquirido conocimiento de la cesión. Por tanto, si el deudor espera al fin del ejecutivo —que acaso ha hecho litigioso el crédito y en el que sucede procesalmente el cesionario—, seguramente habrá caducado el plazo cuando espere la resolución del ejecutivo y pretenda luego ejecutar el retracto en vía declarativa. El plazo de nueve días es de caducidad. No hay tampoco diligencias preliminares del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que pudieran suspender su curso.

El conocimiento del precio de cesión. Existe debate académico y, en las resoluciones judiciales, heterogeneidad (cfr. SSAP Murcia de 17 de octubre del 2000, Barcelona de 30 de septiembre del 2005, Almería de 5 de febrero del 2010, Madrid de 26 de junio del 2014 y La Coruña de 9 de febrero del 2017) sobre si se precisa que el deudor conozca el precio de la cesión para que se produzca el inicio de la caducidad temporal. En mi opinión, no es preciso y tampoco es algo que esté incluido en el espectro posible de medidas preliminares del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El término de comienzo del plazo será la puesta en conocimiento de la cesión, por ejemplo por vía de sucesión procesal, sin que resulte preciso poner en conocimiento del deudor el precio pagado. Repárese para ello en la diferencia de dicción entre el artículo 1524 (retractos de comuneros y colindantes: «desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta») y el artículo 1535 («desde que el cesionario le reclame el pago»). Pero, si no se sabe el precio, no se puede

tampoco consignar en la demanda, cosa que además no exige el artículo 1535 del Código Civil (cfr. art. 266.2.º LEC: «cuando la consignación del precio se exija por ley»), ni tampoco se exige caución por precio incierto. Yo creo que procede distinguir. Si el deudor cedido *no ha pedido* al cesionario noticia del precio, entonces *deberá consignar* la totalidad del valor nominal del crédito más una cantidad por costas e intereses, la cual será probablemente incierta, lo que obligará a prestar caución en los términos del artículo 266.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si ha pedido y su petición no ha sido atendida, el cesionario corre con el riesgo del proceso y no puede exigir consignación. Al final el juzgador tendrá que determinar el precio del retracto en la sentencia y, en el segundo caso, el cesionario (que no dio noticia del precio pagado) se expone a una sentencia que declare por presunción que no ha existido precio pero que la extinción procede⁴. Y, si el precio es averiguado y declarado en el curso del proceso, el cesionario habrá de pedir ejecución de sentencia para cobrar el precio del retracto si el actor no lo ofrece o consigna. Claro que finalmente tendrá que existir un *quid pro quo*: si por vía de ejecución no se ha podido cobrar el crédito del cesionario, no se considerará «retraído» (pagado) por el deudor, ajustándose en su caso las compensaciones procedentes.

Garante personal o real del crédito cedido. El fiador o el garante real por deuda ajena (del deudor cedido) pueden ejercitar el retracto del crédito contra el deudor principal que haya sido cedido; en el caso del garante real, cuando el precio de la cesión es inferior al límite de responsabilidad que grava al garante.

⁴ Salvo que el cesionario pruebe que el crédito se le donó.