

España

A VUELTAS CON EL RETRACTO DE CRÉDITO LITIGIOSO EN VENTAS DE CARTERAS. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

Antonio José Moya Fernández

*Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez
(Madrid)*

A vueltas con el retracto de crédito litigioso en ventas de carteras. A propósito de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha dictado recientemente varias sentencias relevantes en materia de retracto de crédito litigioso. En este trabajo se analiza la doctrina contenida en esas sentencias (incluido el ámbito y requisitos de aplicación del retracto) y sus implicaciones prácticas desde una perspectiva procesal, entre las que destaca que este derecho no resulta de aplicación en las operaciones de ventas de carteras de créditos.

PALABRAS CLAVE:

TRIBUNAL SUPREMO, RETRACTO DE CRÉDITO LITIGIOSO, ARTÍCULO 1535 CÓDIGO CIVIL, CESIÓN DE CARTERAS DE CRÉDITOS, EXISTENCIA Y EXIGIBILIDAD DEL CRÉDITO, CADUCIDAD DEL DERECHO, EJERCICIO JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO, PRÉSTAMOS IMPAGADOS, PROCESOS DE EJECUCIÓN ORDINARIA E HIPOTECARIA.

Right of first refusal over disputed credits and sale of credit portfolios. Recent case law of the Supreme Court

The Supreme Court has recently passed several judgments on the right of first refusal over disputed credits. This article analyses the grounds of those judgments (including the scope and requirements for the right to apply) and its practical implications from a procedural standpoint, among which it is worth noting that this right does not apply to the sale of credit portfolios.

KEYWORDS:

SUPREME COURT, RIGHT OF FIRST REFUSAL OVER DISPUTED CREDIT, ARTICLE 1535 OF THE CIVIL CODE, ASSIGNMENT OF CREDIT PORTFOLIOS, EXISTENCE AND ENFORCEABILITY OF THE CREDIT, EXPIRY OF THE RIGHT, JUDICIAL AND EXTRA-JUDICIAL ENFORCEMENT OF THE RIGHT, NON-PERFORMING LOANS, ORDINARY ENFORCEMENT AND FORECLOSURE PROCEEDINGS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 29-6-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-7-2021

Moya Fernández, Antonio José (2021). A vueltas con el retracto de crédito litigioso en ventas de carteras. A propósito de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 234-250 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

En el presente trabajo se analizan las tres últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación con el derecho de retracto de crédito litigioso regulado en el artículo 1535 del Código Civil ("CC"). Son las sentencias de 5 de marzo de 2020 (JUR 2020/85237), 5 de octubre de 2020 (RJ 2020/3768) y 10 de mayo de 2021 (RJ 2021/2076).

Estos pronunciamientos son relevantes si se tiene en cuenta el reciente incremento de la litigiosidad asociada a este precepto, que obedece a las siguientes razones: en primer lugar, la escasa jurisprudencia existente sobre él y las dudas interpretativas que suscita su aplicación; y, en segundo lugar, la proliferación en los últimos años de ventas de carteras de créditos de dudoso cobro o en situación de incumplimiento (conocidos por su nombre inglés de *non-performing loans* o NPL) por parte de bancos —que pretenden "limpiar balances"— a inversores (normalmente, fondos de inversión extranjeros o entidades especializadas en la gestión del cobro de créditos morosos) con una tasa de descuento (que difiere en función de si los créditos cuentan o no con garantía real) a cambio de que estos compradores asuman, como parte de su negocio, el riesgo y ventura de su reclamación y recuperación¹.

Ahora bien, a raíz de esa multiplicidad de ventas de carteras, en cuestión de apenas unos pocos años, hemos pasado de una situación en la que el derecho de retracto de crédito litigioso era residual y estaba en franco desuso a otra en la que se viene abusando de él.

En un número anterior de esta misma publicación² ya advertíamos de la creciente litigiosidad asociada a este derecho de retracto y, partiendo de su interpretación restrictiva, defendíamos que no es aplicable a las ventas de carteras de créditos.

La valoración de las sentencias que son objeto de análisis en este trabajo es positiva. Primero, porque abogan por una interpretación restrictiva del artículo 1535 CC, en sintonía con el criterio mayoritario seguido por la jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales y por la doctrina científica. Segundo, porque aclaran muchas de las dudas existentes sobre la aplicación práctica del derecho de retracto. Y, tercero, porque dejan claro que no resulta de aplicación a las ventas de carteras por un precio único y global fijado a tanto alzado.

Estas sentencias deben servir para poner coto a la práctica habitual de muchos deudores que, en claro abuso de derecho, y aun siendo conscientes de que no concurren los requisitos para el ejercicio del retracto, hacen un uso inadecuado de esta figura para obstaculizar las reclamaciones de sus acreedores e intentar extinguir sus deudas (mediante el repago a los compradores de tales créditos del precio que abonaron por su adquisición, más intereses y costas) por un importe sensiblemente inferior al realmente adeudado.

Frente a este tipo de pretensiones, los adquirentes de los créditos suelen plantear una estrategia o línea de defensa basada en la formulación "en cascada" de los siguientes argumentos, sobre los que se pronuncian las sentencias objeto de este trabajo:

- i. El artículo 1535 CC no resulta de aplicación a las ventas en globo y a tanto alzado de carteras de créditos.
- ii. El crédito o créditos adquiridos no reúnen los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para ser considerados litigiosos.
- iii. En el procedimiento judicial en curso entre el acreedor cedente u originario y el deudor cedido no se cuestiona, en puridad, ni la existencia ni la exigibilidad de los créditos cedidos.
- iv. La caducidad de la acción de retracto de crédito litigioso ejercitada de contrario.

2. El retracto de crédito litigioso. Regulación y presupuestos para su ejercicio

Este derecho está regulado en el artículo 1535 CC³, que establece:

"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 síntesis, según la jurisprudencia y la doctrina clásicas, los presupuestos para el ejercicio del derecho de retracto de crédito litigioso son los siguientes:

- i. Que aquel frente a quien se ejercita la acción (acreedor cedido) haya adquirido y sea titular de un crédito contra el retrayente (deudor cedido).
- ii. Que el crédito cedido tenga el carácter de litigioso. Esto significa que, al tiempo de la adquisición del crédito por el acreedor cedido, debe existir un procedimiento judicial seguido a instancias del acreedor cedente contra el deudor retrayente cuya resolución esté pendiente y en el que el deudor conteste a la demanda cuestionando la existencia o la exigibilidad del crédito cedido (debe ser una oposición de fondo⁴ y no meramente formal);
- iii. Que el acreedor cedido haya adquirido el crédito del antiguo titular (acreedor cedente) mediante cesión a título oneroso, lo que le permite ocupar su posición en el procedimiento judicial que versa sobre la reclamación del crédito.
- iv. Que el deudor cedido ejercite la acción de retracto en el plazo legal de caducidad de nueve días a contar desde el momento en el que el nuevo acreedor le reclame el pago de la deuda. A tal efecto, debe abonar al cesionario el precio por el que este adquirió el derecho de crédito, más los intereses y las costas.

El siguiente caso práctico ejemplifica el funcionamiento del derecho de crédito litigioso previsto en el artículo 1535 CC. Supongamos que A tiene un crédito contra B por importe de 1000 euros. A entabla un procedimiento declarativo contra B en reclamación del crédito. En ese pleito, B contesta a la demanda y se opone a la existencia y/o exigibilidad del crédito. Constante el pleito entre A y B sin que todavía se haya dictado sentencia firme, A vende el crédito a C por importe de 500 euros. C comunica a B que, en virtud de la cesión del crédito, es el nuevo acreedor y reclama el pago de la deuda a B, a la vez que se persona y pasa a ocupar la posición procesal de A en el pleito que este sigue contra B. Desde que C reclama a B el pago de la deuda, B cuenta con nueve días para interponer una demanda judicial frente a C en ejercicio del derecho de retracto de crédito litigioso y extinguir su crédito con motivo de la cesión, reembolsando a C el precio pagado por la cesión (los 500 euros, y no los 1000 euros adeudados), más intereses y costas.

3. Cuestiones prácticas suscitadas en torno al derecho de retracto de crédito litigioso y su aplicabilidad o no a ventas de carteras. Estado de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina anteriores

Como se ha anticipado, el escaso tratamiento dispensado al artículo 1535 CC por la jurisprudencia, unido a la creciente litigiosidad asociada al ejercicio del retracto en ventas de carteras, ha propiciado que en los últimos años se hayan suscitado importantes dudas en torno a la interpretación y aplicación del precepto y que, dentro de la práctica judicial, se den pronunciamientos divergentes.

A continuación se indican, sin ánimo exhaustivo, algunos de los aspectos más controvertidos del retracto de crédito litigioso y su estado de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina anteriores a las tres sentencias que son objeto de este trabajo.

- i. Una de las cuestiones más discutidas ha sido si el derecho de retracto del artículo 1535 CC es o no aplicable a las ventas de carteras de créditos. Con anterioridad a las sentencias de 5 de marzo y 5 de octubre de 2020, no existía ningún pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo en un supuesto de venta de cartera.

Pese a eso, la mayoría de la jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales y de la doctrina⁵ viene sosteniendo que el retracto de crédito litigioso no es de aplicación a las ventas en bloque o en globo de carteras de créditos por un precio global y único fijado a tanto alzado, ya que no se está ante una venta o cesión de uno o varios créditos individualizados por un precio determinado o determinable⁶. Estas resoluciones argumentan que es aplicable al caso la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2015 (RJ 2015/1175), en la que se establece que no cabe el retracto de crédito litigioso cuando este ha sido transmitido conjuntamente con otros créditos, en bloque, por sucesión universal, y no de forma individualizada⁷.

Con todo, la aplicación de esa doctrina a las ventas de carteras ha seguido siendo una cuestión harto controvertida.

- ii. Otra de las cuestiones que se ha planteado con asiduidad es la de si para que un crédito pueda ser considerado litigioso a los efectos del artículo 1535 CC es necesario que el deudor cuestione su existencia y/o exigibilidad, o si, por el contrario, basta con que cuestione otros aspectos del crédito, como su cuantía. La jurisprudencia clásica —con el paréntesis de la Sentencia del Tribunal Supremo Tribunal Supremo 28 de febrero de 1991— viene exigiendo que, en todo caso, el deudor discuta la existencia o exigibilidad del crédito.
- iii. Otro aspecto controvertido es si el derecho de retracto de crédito litigioso debe ejercitarse judicialmente o si también puede ejercitarse extrajudicialmente. La jurisprudencia mayoritaria⁸ tiene declarado que solo cabe ejercitarlo judicialmente.
- iv. Al hilo de lo anterior, ha existido polémica sobre cuál es el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de nueve días para el ejercicio del derecho de retracto. El artículo 1535 CC establece que el plazo empezará a contar desde que el cesionario reclame el pago al deudor cedido. Jurisprudencia y doctrina coinciden en destacar la falta de claridad del precepto. En un trabajo anterior ya nos hicimos eco de que existen diversas posturas sobre cuál es el *dies a quo* cuando el crédito cedido está siendo reclamado en un proceso judicial⁹. Según las distintas tesis, el plazo se computaría (i) desde el traslado de copias del escrito de personación del cesionario en el litigio pendiente solicitando la sucesión procesal y aportando copia de la escritura de cesión; (ii) con la notificación de la resolución judicial por la que se da traslado al deudor del referido escrito de personación y sucesión procesal del cesionario; (iii) desde la notificación al deudor de la resolución por la que se acuerda la sucesión procesal; o (iv) desde el primer emplazamiento, a falta de constancia de notificación de la transmisión de la deuda.

Como se indicó entonces, parece razonable fijar el *dies a quo* en el primer momento en el que acreedor cedido reclame al deudor cedido el pago de la deuda, ya sea judicialmente (el cómputo se iniciaría desde el primer emplazamiento al deudor o, si el pleito ya está en curso, con el traslado entre procuradores del escrito del cesionario de personación, comunicación de la cesión y sucesión procesal) o extrajudicialmente (mediante comunicación del cesionario al deudor cedido conocida como *hello letter*, por la que le informa de la cesión del crédito y de la identidad del nuevo acreedor y le requiere el pago).

- v. También se ha debatido si el procedimiento judicial en el que se cuestione la existencia o exigibilidad del crédito debe haber sido iniciado por el acreedor cedente. En sentido favorable se pronuncia un importante sector doctrinal¹⁰. En sentido contrario, un sector minoritario ha defendido que el procedimiento judicial puede haberse iniciado por el deudor cedido¹¹.
- vi. Es discutido igualmente si solo puede reputarse litigioso el crédito reclamado en un proceso declarativo. En sentido favorable se manifiestan la jurisprudencia clásica y parte de la doctrina¹². En sentido contrario y, por tanto, a favor de que también pueda considerarse litigioso el crédito reclamado en un procedimiento de ejecución, se ha manifestado parte de la jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales y de la doctrina científica cuando, al tiempo de la cesión del crédito, esté pendiente de resolución la oposición a la ejecución basada en algún motivo de fondo que afecte a la existencia o exigibilidad del crédito (principalmente, cuando el deudor es consumidor y su oposición a la ejecución se basa en la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, cuya estimación comportaría el sobreseimiento del proceso por afectar al fundamento de la ejecución)¹³.
- vii. Asimismo, ha planteado dudas la cuestión de hasta qué momento es litigioso el crédito, si bien hay precedentes en favor de que la litigiosidad se proyecta hasta la firmeza de la sentencia o resolución judicial que declare la existencia y exigibilidad del crédito, sin que ello impida que luego haya que continuar litigando para hacerlo efectivo¹⁴.
- viii. Otro tema polémico y de suma importancia práctica es el de si para que el crédito sea litigioso es necesario que la controversia sobre la existencia o exigibilidad del crédito se mantenga al tiempo de su venta o cesión, o si, por el contrario, es indiferente que tal controversia acabe antes o se inicie después de la cesión del crédito. La jurisprudencia y la doctrina han venido exigiendo, con buen criterio, que esté pendiente de resolución firme al tiempo de la cesión. Consecuencia lógica de lo anterior es que la oposición del deudor cedido a la sucesión procesal interesada por el cesionario con posterioridad a la cesión no convierte al crédito en litigioso.
- ix. Al hilo de lo anterior, se ha discutido si el derecho de retracto de crédito litigioso puede ejercitarse en el trámite de sucesión procesal en un proceso de ejecución. En ese sentido, la jurisprudencia menor sostiene que no es el cauce adecuado y remite al deudor al inicio de un procedimiento declarativo ordinario para el ejercicio del derecho¹⁵.

4. Relevancia de las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020, 5 de octubre de 2020 y 10 de mayo de 2021

Las tres sentencias recientes dictadas por el Tribunal Supremo tienen un enorme valor porque aclaran y resuelven muchas de las dudas planteadas hasta ahora.

Las dos primeras enjuician supuestos en los que deudores cedidos (sociedades mercantiles) pretenden ejercitar el derecho de retracto de crédito litigioso del artículo 1535 CC frente a fondos de inversión (cesionarios) que, en el marco de operaciones de ventas de carteras de créditos, habían adquirido a bancos (cedentes) los créditos que estos ostentaban frente a aquellos deudores.

La primera sentencia, relativa a una cartera de créditos *secured* o con garantía real, se centra, sobre todo, en analizar los requisitos que debe reunir un crédito para ser calificado como litigioso. Y la segunda, referida a una cartera de créditos *unsecured* o sin garantía real, analiza la no aplicabilidad del artículo 1535 CC a las ventas de carteras, desarrollando el razonamiento introducido al respecto por la primera sentencia.

Por su parte, la tercera sentencia resuelve un supuesto en el que la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria ("Sareb") cede a una agencia inmobiliaria un crédito hipotecario contra una promotora. Lo que se plantea es si puede entenderse enervada la caducidad de la acción cuando, dentro del plazo legal de nueve días a contar desde que tiene conocimiento de la cesión, el deudor cedido intenta ejercitar el retracto primero extrajudicialmente y después judicialmente en la ejecución hipotecaria seguida contra él.

A continuación se analizan con más detalle el contenido y las implicaciones jurídicas de cada una de estas tres sentencias.

4.1. Sentencia de 5 de marzo de 2020

4.1.1. SUPUESTO DE HECHO

En 2015 un banco cedió noventa y un créditos contra diversos deudores a un fondo extranjero por un precio global y conjunto de 283.229.144,72 euros. Como es práctica habitual, este fondo encomendó a una sociedad española la gestión del cobro de los créditos (a este tipo de entidades gestoras se las conoce como *servicers*). Cuatro de los créditos cedidos eran contra un mismo deudor (sociedad hotelera) que, poco antes, en 2014, había instado contra el banco un procedimiento declarativo en el que solicitaba la nulidad de las cláusulas suelo y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de esa cláusula.

Cuando el banco y el fondo notificaron a la sociedad hotelera deudora la cesión de esos cuatro créditos hipotecarios, la deudora interpuso contra ambos una demanda declarativa en ejercicio de un supuesto derecho de retracto de crédito litigioso del artículo 1535 CC. La sentencia de pri-

mera instancia estimó la acción ejercitada contra el fondo adquirente de los créditos y desestimó la acción ejercitada contra el banco por falta de legitimación pasiva. La sentencia de segunda instancia confirmó la de primera instancia. El fondo recurrió en casación y el Alto Tribunal estimó el recurso.

4.1.2. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

La sentencia desestima la demanda de retracto porque considera que el crédito que se pretende retraer no es litigioso. La doctrina fijada por la sentencia es relevante por las siguientes razones:

- i. Se aboga por una interpretación restrictiva del retracto de crédito litigioso, como excepción que es a la regla general contenida en el artículo 1112 CC de libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones¹⁶. Esta doctrina pone de manifiesto que la recurrente pretensión de la mayoría de deudores de que se haga una interpretación extensiva del precepto carece de toda base legal y jurisprudencial.
- ii. En línea con lo anterior, se acota el concepto de crédito litigioso del siguiente modo:
 - Se reafirma el criterio de que para que un crédito sea litigioso debe cuestionarse su existencia o exigibilidad. Se añade que no ocurre en el caso de autos, porque solo se pretende la nulidad de una cláusula suelo y la restitución del importe cobrado por su indebida aplicación, y eso no afecta a la subsistencia y exigibilidad del resto del préstamo. En este sentido, se reitera la doctrina de que los pleitos que versen sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes del crédito a las que se refería la Sentencia del Tribunal Supremo 28 de febrero de 1991 no convierten al crédito, por sí solos, en litigioso.

Esta aclaración es muy acertada y tiene una gran relevancia porque supone que no serán considerados litigiosos aquellos créditos cedidos respecto de los cuales los deudores solo hubieran impugnado su cuantía, pero no su existencia o exigibilidad, supuesto este muy frecuente en la práctica.

- Se aclara que crédito litigioso no equivale a crédito impagado. Esta precisión terminológica es muy oportuna porque, en ocasiones, algunas resoluciones judiciales confunden crédito litigioso con crédito impagado o crédito ejecutado o reclamado judicialmente. En esta misma línea, la sentencia reitera la jurisprudencia que tiene establecido que no cabe equiparar crédito litigioso con crédito ejecutado o reclamado judicialmente.
- En la estimación del recurso se tiene en cuenta ("*como factor no determinante, pero sí coadyuvante*") que el pleito existente sobre el crédito cedido había sido instado por el deudor contra el acreedor originario y que no constaba la sucesión procesal del fondo cesionario en la posición de demandado. Al respecto, el Alto Tribunal razona que el supuesto típico que prevé el artículo 1535 CC es aquel en el que el acreedor originario es el demandante en el procedimiento judicial, y en el que el deudor contesta y se opone a la demanda discutiendo la existencia o exigibilidad del crédito. Y concluye que admitir el juego del derecho de retracto cuando el demandante es el deudor sería contrario a

la *ratio* histórica del precepto ("*cortar pleitos*"), en la medida en la que incentivaría la litigiosidad por parte de los deudores.

Este criterio tiene una gran virtualidad práctica, ya que es habitual que los deudores más sofisticados (principalmente, personas jurídicas) insten procedimientos judiciales contra los acreedores originarios (en la mayoría de los casos sin ningún fundamento, como sucede con las promotoras o constructoras que invocan la abusividad de cláusulas de sus préstamos hipotecarios) en previsión de que su crédito pueda ser cedido a un fondo de inversión y a los solos efectos de que, llegado tal caso, puedan ejercitar un supuesto derecho de retracto sobre la base de un sedicente crédito litigioso.

- i. Aunque la desestimación del recurso se basa en la falta de carácter litigioso del crédito cedido, la sentencia aclara además que el retracto del artículo 1535 CC no se aplica a las ventas de carteras por la distinta finalidad de ambas figuras.

Sostiene que, mientras que la venta de carteras tiene una triple finalidad, consistente en "*mejorar el ratio financiero y de morosidad de la entidad, mejorar la liquidez con la entrada de ingresos procedentes de la venta de la cartera y reducir provisiones y coste de gestión de estos activos*", la *ratio* histórica del artículo 1535 CC tiene por objeto evitar el abuso de los especuladores de pleitos.

- ii. En cambio, a juicio del Tribunal Supremo, las ventas de carteras (i) se encuadran en el mismo contexto socio-económico y proceso de reestructuración del sistema financiero que sirve de base a la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2015 para no aplicar el artículo 1535 CC a un supuesto de modificación estructural (segregación) y (ii) comparten la finalidad del artículo 36.4.b) de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que excluye la aplicación del artículo 1535 CC en caso de cesión de créditos litigiosos a la Sareb¹⁷.

En esa línea, la sentencia aplica por analogía la doctrina contenida en la Sentencia de 1 de abril de 2015, por apreciar identidad de razón entre el supuesto de hecho resuelto en aquella y la venta de carteras por la imposibilidad de subrogación en la posición contractual del cesionario, y desliza el argumento de que el retracto del artículo 1535 CC no es aplicable a una venta de carteras porque es un supuesto de venta de universalidad del artículo 1532 CC, que excluye el retracto.

- iii. Se reitera la doctrina sentada por la Sentencia de 30 de abril de 2007, conforme a la cual el cesionario puede reclamar el importe íntegro del crédito, y no solo lo pagado por él, sin que ello entrañe enriquecimiento injusto alguno del cesionario.

4.2. Sentencia de 5 de octubre de 2020

4.2.1. SUPUESTO DE HECHO

En 2016 un banco transmitió a una entidad especializada en la gestión del cobro de créditos morosos una cartera de créditos de dudoso cobro sin garantía real, entre los que se encontraba el derivado de un préstamo con garantía personal. En el contrato de compraventa se fijó un precio único por toda la cartera de créditos.

El banco había instado un proceso de ejecución de título no judicial en reclamación del préstamo. El deudor se opuso a la ejecución alegando el pago o compensación como posibles causas de extinción del crédito. La oposición fue desestimada en primera instancia y el deudor recurrió en apelación. El recurso estaba pendiente de resolución cuando tuvo lugar la cesión de la cartera.

Tras la cesión, el deudor demandó al banco y a la gestora en ejercicio de una acción de retracto de crédito litigioso. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. El deudor recurrió en apelación y la Audiencia desestimó el recurso. El deudor interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación y ambos fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

En el caso enjuiciado por el Alto Tribunal, no se discutía el carácter litigioso del crédito ni el carácter oneroso de la cesión, sino si el artículo 1535 CC resulta de aplicación a las ventas de cartera.

4.2.2. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

El interés esta sentencia radica especialmente en los siguientes aspectos:

- i. En la resolución del recurso de casación, el Tribunal Supremo mantiene la calificación que del contrato de compraventa hace la Audiencia Provincial como venta en globo y a precio alzado. Y sostiene que esa calificación no se ve desvirtuada por el hecho de que:
 - los créditos cedidos estén identificados en el CD de datos que se entrega al comprador con la formalización de la compraventa, ya que la identificación de los créditos integrantes de la cartera no impide que se trate de la venta de un conjunto unitario (artículo 1532 CC); y
 - se hubiese pactado la exoneración de responsabilidad del cedente en caso de ejercicio por algún deudor del artículo 1535 CC, ya que dicho precepto es imperativo y no disponible por las partes.
- ii. En línea con lo anterior, se desarrolla el argumento —ya introducido en la sentencia de 5 de marzo de 2020— de que no cabe el retracto porque la venta de carteras es un supuesto de venta en globo o por cantidad alzada del artículo 1532 CC, que excluye el retracto.
- iii. Se establece que no cabe determinar, sin alterar la voluntad de las partes, un precio individual para cada crédito de la cartera. En la sentencia de segunda instancia, que se confirma

en casación, se sostiene que el precio pactado es global y que calcular el valor de los créditos individuales a prorrata supondría fijar un precio arbitrario, ya que el precio alzado no se establece en atención a la suma de todos los importes.

- iv. En la resolución del recurso extraordinario por infracción procesal, la sentencia confirma que el testimonio parcial de la escritura es un documento idóneo para acreditar la venta en bloque de una cartera de créditos por un precio único a tanto alzado. En el caso concreto, tiene por probada la existencia de un precio único para toda la cartera por el testimonio parcial de la escritura de compraventa obrante a autos. Y añade que es irrelevante que en él se omita el precio global de la operación, ya que de las estipulaciones del contrato se colige que el precio fue conjunto, y no individualizado por cada uno de los créditos. Esto es importante porque es habitual que, para acreditar la venta de la cartera, el demandado (acreedor cesionario) se limite a aportar a autos, por protección de datos y secreto bancario, un testimonio parcial de la escritura que incluya la cláusula por la que se establece un precio conjunto (con o sin indicación de la cifra), y que el deudor solicite (y el juzgado acuerde en ocasiones) que se requiera al demandado para que exhiba o aporte el original o la copia completa de la escritura de compraventa de la cartera de créditos, incluidos los anexos, e indique el precio individualizado por el que se cedió su crédito, a lo que normalmente se opone el demandado con razón, ya que no procede.

4.3. Sentencia de 10 de mayo de 2021

4.3.1. SUPUESTO DE HECHO

En 2017 la Sareb cedió a una agencia inmobiliaria el crédito que ostentaba frente a una promotora inmobiliaria y sus dos fiadores. El día después de la cesión, la cesionaria se personó en el proceso de ejecución hipotecaria instado en su día por la Sareb contra la promotora y sus fiadores, aportó copia para las partes de la escritura de cesión del crédito y solicitó la sucesión procesal, que se acordó a los pocos días.

Antes de que se acordara la sucesión, la cesionaria levantó, como complemento de la escritura de cesión, un acta notarial por la que reiteró la notificación de la cesión del crédito y requirió de pago a la cesionaria. En respuesta al requerimiento, la deudora y sus fiadores manifestaron que ejercitaban extrajudicialmente su derecho de retracto y depositaron en la notaría los cheques con los que pretendían abonar el precio, los intereses y los gastos de la cesión. En vista de que la cedente se opuso a dicho intento, la deudora y sus fiadores presentaron un escrito en la ejecución en el que manifestaban su voluntad de ejercer el derecho, a lo que el juzgado respondió que el ejercicio del derecho exigía la interposición de una nueva demanda de retracto. Cuando los retrayentes presentaron la demanda de retracto, el plazo legal de nueve días había expirado, y la demanda fue desestimada en primera instancia por no ser litigioso el crédito. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, pero porque consideró que la acción estaba caducada. Y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de segunda instancia, por lo que tampoco entró a analizar si el crédito era o no litigioso.

En casación no se discutió el *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio del derecho, que en ese caso había sido fijado en la fecha del traslado del escrito de personación, con copia de la escritura de cesión, presentado por el cesionario en la ejecución hipotecaria.

4.3.2. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

La sentencia es relevante porque traslada al retracto de crédito litigioso la jurisprudencia ya existente en el ámbito de otros retractos legales. Aunque no enjuicia un supuesto de venta de cartera de créditos, sino de cesión de un solo crédito, su doctrina es aplicable a todos los casos.

En línea con esa jurisprudencia, el Tribunal Supremo aclara los siguientes puntos: (i) que el plazo legal de nueve días previsto para el ejercicio del derecho de retracto de crédito litigioso es de caducidad; (ii) que no cabe hacer una disociación entre ejercicio del derecho y la acción de retracto a los efectos de que el plazo de caducidad legalmente previsto solo afecte al primero pero no a la segunda; (iii) que la presentación de la demanda y la consignación del precio de la cesión en el referido plazo ante un juzgado incompetente no impide que opere la caducidad; (iv) que el ejercicio extrajudicial (notarial, en este caso) del derecho dentro del citado plazo no interrumpe ni suspende el plazo de caducidad si el acreedor cedido guarda silencio o se opone a aquel; (v) que la declaración de caducidad no queda enervada por la manifestación efectuada por el deudor en la ejecución, dentro del referido plazo, con intención de ejercitar el derecho, por efectuarse en un procedimiento inadecuado y en un juzgado incompetente; y (vi) que, para evitar la caducidad, el derecho de retracto debe ejercitarse judicialmente en el juzgado competente mediante la interposición de una demanda declarativa en el plazo de nueve días.

Es un pronunciamiento de gran trascendencia práctica porque es habitual que, dentro del plazo de nueve días, los deudores cedidos se limiten a manifestar mediante carta, acta notarial o escrito presentado en la ejecución, su voluntad de ejercitar el derecho de retracto de crédito litigioso, y que interpongan la demanda intempestivamente, una vez que se ha rebasado, con creces, el referido plazo. Ahora queda claro que, en todos esos casos (y aquellos en los que la demanda y la consignación se presentan ante un juzgado incompetente), procede sin más la desestimación de la demanda por caducidad de la acción.

5. Conclusiones

En atención a lo expuesto, cabe concluir lo siguiente:

- i. Las tres sentencias del Tribunal Supremo objeto de este trabajo delimitan con acierto los contornos del derecho de retracto de crédito litigioso y aclaran dudas interpretativas surgidas en torno a su aplicación y que no podían ser colmadas con la escasa jurisprudencia existente en la materia. Es de esperar que esto contribuya a dotar de mayor seguridad jurídica a las ventas de carteras y a reducir la abundante y, en no pocas ocasiones, artificiosa litigiosidad generada en los últimos años por el abuso que de esta figura vienen haciendo un buen número de deudores cuyos créditos son cedidos dentro de esas carteras.

- ii. Las sentencias reiteran con acierto la procedencia de la interpretación restrictiva del artículo 1535 CC, que proyectan no solo sobre el concepto de crédito litigioso, sino también sobre la *ratio*, la finalidad y el ámbito de aplicación del derecho de retracto que asiste al deudor cedido. Esta postura está plenamente justificada porque, aunque el retracto de crédito litigioso no se puede asimilar del todo a los retractos legales por su especial naturaleza de facultad de extinción del crédito cedido, su proximidad a ellos y el hecho de que suponga una restricción legal al principio de libre circulación y transmisión de créditos, exige su interpretación restrictiva (deviene de plena aplicación al caso el aforismo clásico *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*).
- iii. Las sentencias atienden al origen histórico y al fundamento de este retracto. Recuerdan que tiene como antecedente el "*retracto anastasiano*" previsto en la Ley Anastasiana del derecho romano y que se introdujo en el CC por inspiración del Código napoleónico con una doble finalidad: desincentivar a los especuladores de pleitos y reducir la litigiosidad ("*cortar pleitos*").
- iv. Es especialmente relevante que la sentencia de 5 de marzo de 2020 reitera que, para que un crédito sea considerado litigioso, es preciso que en el pleito que haya en curso se cuestione su existencia o exigibilidad. Y que no basta con que solo se cuestione la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes del crédito (como su cuantía), como sostuvo la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1991, que constituye un pronunciamiento aislado que se ha visto superado por la jurisprudencia posterior.

El pronunciamiento que ahora nos ocupa tiene una gran trascendencia práctica, porque es frecuente que los deudores cedidos basen el supuesto carácter litigioso del crédito en que tienen impugnada su cuantía, bien en sede de oposición a la ejecución, o bien en procedimientos declarativos instados contra el acreedor cedente o el acreedor cedido. Esta impugnación suele plantearse, bien directamente, negando la existencia de la deuda o alegando error en su determinación, o bien indirectamente, mediante la invocación de abusividad de cláusulas abusivas del préstamo hipotecario, cuya apreciación determinaría la reducción de la cantidad reclamada. Este último recurso defensivo es utilizado por muchos deudores que, claramente, no son consumidores, como las sociedades promotoras y constructoras.

- v. Con buen criterio, las sentencias de 5 de marzo y de 5 de octubre de 2020 acogen los argumentos esgrimidos por la mayoría de la jurisprudencia menor y por un nutrido sector doctrinal para rechazar la aplicabilidad del artículo 1535 CC a las ventas de carteras de créditos, entre los que destacan los siguientes:
 - Que la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2015 y reiterada en la de 13 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3588) es, *mutatis mutandis*, plenamente aplicable al caso.
 - Que no cabe el retracto cuando el precio abonado por el acreedor cedido ha sido fijado a tanto alzado y es único y global para toda la cartera y no existe un precio individualizado para cada crédito.

Al hilo de lo anterior, en mi opinión, no existe individualización del precio en los casos en los que se transmite conjuntamente una cartera de créditos por un precio global y único y, bien en la escritura de compraventa, o bien en algún anexo de ella, se asigna un valor a cada uno de los créditos transmitidos a los únicos efectos de: (i) liquidar las obligaciones fiscales derivadas de la transmisión de los créditos; (ii) inscribir el cambio de titularidad de las hipotecas en los correspondientes Registros de la Propiedad; y (iii) en su caso, recomprar o sustituir los créditos que, de conformidad con lo pactado, pudieran ser considerados defectuosos¹⁸.

- Que no es posible determinar, sin alterar la voluntad de las partes, un precio individual para cada crédito de la cartera, ni que el deudor retrayente se subrogue en la posición contractual del cesionario.
 - Por puras razones de economía de escala (conforme a las cuales, a mayor volumen de la operación, menor precio unitario de esta), el precio unitario nunca coincidiría con la suma del precio individualizado de los créditos en caso de que se procediera a su venta por separado.
 - Que el tenor literal del artículo 1535 habla de venta de “un crédito” en singular.
 - Que el retracto exige una perfecta identidad entre lo retraído y lo vendido, y dicha identidad no se da cuando se pretende retraer por un inexistente precio individualizado un crédito incluido en una cartera que se ha adquirido por un precio global y único fijado a tanto alzado.
 - Que, adicionalmente, para justificar la exclusión del retracto, el Tribunal Supremo asimila la venta de carteras de créditos en globo o a precio alzado a la venta de universalidad del artículo 1532 CC y aplica analógicamente el artículo 25.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que excluye el retracto arrendaticio cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas y locales propiedad del arrendador que formen parte del mismo inmueble y cuando se transmiten todos los pisos y locales del edificio.
- vi. La sentencia de 10 de mayo de 2021 aclara que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1535 CC, para evitar la caducidad, el deudor debe ejercitar la acción de retracto por la vía judicial mediante la interposición de una nueva demanda declarativa ante el juzgado competente en el plazo legal de nueve días.

Esta doctrina debe conducir a la desestimación, por caducidad de la acción, de todas aquellas demandas interpuestas por los deudores una vez transcurrido el plazo de nueve días, en la creencia —errónea, por su parte— de que la previa manifestación —efectuada dentro del referido plazo— de su intención de ejercitar el retracto era suficiente, por sí sola, para impedir el juego de la caducidad.

- vii. Como es lógico, las sentencias analizadas no resuelven todas las dudas interpretativas que plantea el artículo 1535 CC. Sin ir más lejos, no se pronuncian —porque no era cuestión

controvertida en los recursos— sobre la fijación del *dies a quo*, pese a que reconocen que es una cuestión compleja por la oscura redacción del precepto. En páginas anteriores se ha propuesto una solución a esta polémica. En todo caso, la respuesta a esta y a otras cuestiones pendientes debe encontrarse a través de la interpretación restrictiva del derecho de retracto de crédito litigioso sentada por el Tribunal Supremo.

Notas

- 1 Aunque la casuística es enorme, es frecuente que una parte de la cartera cedida ya esté judicializada —es decir, que los créditos estén siendo objeto de reclamación judicial— y que algunos de los deudores cedidos —ya sean empresas o consumidores— estén en situación concursal.
- 2 *Vid.* Moya Fernández, Antonio José, Pérez-Pujazón, Encarnación y Trigo Sierra, Eduardo (2016). Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulación. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 44, pp. 48-64.
- 3 Esta regulación se complementa con lo previsto en el artículo 1536 CC, que establece que “*se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior la cesión o ventas hechas: 1.º A un coheredero o condueño del derecho cedido. 2.º A un acreedor en pago de su crédito. 3.º Al poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se ceda*”.
- 4 Pantaleón Prieto, Fernando (Comentario a los artículos 1526 a 1536 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, t.II, Madrid, 1991, p. 1042) entiende que es necesario que la contestación verse sobre el fondo.
- 5 Por todas, pueden citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 1 de octubre de 2015 (JUR 2015/248346), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª) de 29 de septiembre de 2016 (JUR 2016/275854), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4.ª) de 25 de enero de 2017 (JUR 2017/79538) y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de febrero de 2017 (JUR 2017/92049).
- 6 En sentido contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011 (JUR 2011/202677) estima que sí hubo una transmisión individualizada de cada uno de los más de 200.000 créditos cedidos, pero rechazó el retracto porque el crédito no era litigioso. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.ª) de 26 de enero de 2017 (EDJ 2017/13206) aplica el artículo 1535 CC a una venta de cartera al entender que sí que existía un precio individualizado para el crédito por el hecho de que en el contrato de compraventa se había fijado un precio que resultaba de aplicar el porcentaje del 4,15 % al saldo principal impagado. Esta interpretación ha sido criticada por García-Villarrubia Bernabé, Manuel (La resurrección del retracto y el Derecho de Consumo. Cuestiones procesales y sustantivas. *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, 58, 2017), que sostiene —con razón— que lo anterior no significa que se pueda hablar de una cesión individualizada de cada crédito, porque el importe de cada uno se había establecido en atención al conjunto de circunstancias concurrentes en la operación global.
- 7 Según la jurisprudencia menor, aunque la sentencia de 1 de abril de 2015 se refiere a supuestos de segregación de sociedades mercantiles, lo determinante es que no haya una individualización del precio pagado por los elementos que componen el activo transmitido, sino que se trate de un precio conjunto y único. En el supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia de 2015 se había producido una cesión en bloque, por sucesión universal, de diversos créditos litigiosos a consecuencia de una segregación (modificación estructural) de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conformaba una unidad económica. En la doctrina, Romero García-Mora, Guillermo (*Venta de carteras de créditos y retracto de créditos litigiosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 141) afirma: “*en las ventas de carteras de créditos non-performing a tanto alzado no será posible extinguir el crédito ex art. 1535 CC ya sea porque se entienda trasladable la doctrina contenida en la STS n.º 165/15, ya se entienda, en todo caso, que ello se debe a que no existe un precio individualizado del crédito*”.
- 8 Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2903) afirma que “*la acción judicial que pone en movimiento el derecho de retracto solo se materializa a través de la presentación de una demanda que formula el titular del derecho ante el órgano jurisdiccional*”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 septiembre de 2015 (JUR 2016/19337) dice que “*la posibilidad de plantear retracto de crédito litigioso (...) conformaba una acción distinta y autónoma que en su caso debió ejercitar el demandado frente al transmitente y adquirente del crédito*”.
- 9 *Vid.* Moya Fernández, Antonio José, Pérez-Pujazón, Encarnación y Trigo Sierra, Eduardo, *op. cit.*, pp. 57 y 58.
- 10 En ese sentido se pronuncian Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.) (2013). Comentario a los artículos 1535-1536 del Código Civil. En *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, pp. 10867 y ss.; y Veiga Copo, Abel Benito (2013). Compraventa de carteras de créditos y retracto de créditos litigiosos. En Á. Carrasco Pereira, *Tratado de la Compraventa*, Thomson Reuters Aranzadi, t. 1, p. 699.
- 11 Achón Bruñén, María José (*Ejecución civil hipotecaria, 389 preguntas y respuestas*, Madrid, 2018, p. 109) sostiene que “*el crédito será litigioso cuando esté pendiente de resolución firme la oposición a la ejecución por motivos de fondo, así como cuando el deudor haya interpuesto un juicio declarativo para alegar una causa de oposición que no puede invocar en el procedimiento ejecutivo*”.
- 12 La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2008 (RJ 2008/5810) establece que son “*créditos litigiosos aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme, y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2)*”. En la doctrina, García-Villarrubia Bernabé, Manuel (*op. cit.*) afirma: “*Con la norma en la mano (...) se exige la existencia de un procedimiento judicial relativo al crédito y, además, que se trate de un procedimiento declarativo, ordinario o verbal, únicos en los que existe el trámite procesal de contestación a la demanda. Quedarían, por tanto, excluidos otros procedimientos, singularmente los de ejecución*”.
- 13 *Vid.* Achón Bruñén, María José, *op. cit.*, p. 109 y nota al pie n.º 13.
- 14 La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2019 (RJ 2019/3588) declara que “*el carácter de “crédito litigioso”, se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo la transacción*”. En el caso enjuiciado, el Alto Tribunal concluye que el crédito sobre el que versa el procedimiento no tenía el carácter de litigioso cuando fue cedido a la demandada, puesto que su existencia, exigibilidad y cuantía ya habían sido determinadas en sentencia firme. Con el añadido, en este caso, de que en la ejecución de sentencia tampoco había contenido cuando se produjo la cesión, puesto que las partes habían llegado a un acuerdo sobre el pago fraccionado de la deuda, que se estaba cumpliendo.
- 15 *Vid.*, por todos, el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª) de 22 de febrero de 2017 (JUR 2017/92049), que declara que el ejercicio del derecho de retracto del artículo 1535 CC queda fuera del estrecho cauce del incidente de sucesión procesal de la ejecución y remite al ejecutado a hacer valer su derecho en el procedimiento declarativo correspondiente. Y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 octubre de 2015 (JUR 2016/150385), que señala que el requerimiento del juzgado al cesionario para que informe del precio abonado por la compra del crédito

excede claramente de las facultades del juzgador y del limitado objeto del trámite de sucesión procesal, en cuyo marco el juzgado solo puede acordarla o rechazarla.

16 En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 18 de febrero de 2015 (AC 2015, 970) establece que el artículo 1535 CC *“supone, en definitiva, una restricción legal al principio de libre circulación y transmisión de los créditos, proclamado en el artículo 1.112 de Código Civil”*.

17 La cuestión está ahora regulada en el artículo 29.4.b) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que exceptúa expresamente la aplicación del artículo 1535 CC en supuestos determinados.

18 En esa línea, en la jurisprudencia menor puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª), de 13 de septiembre de 2016 (JUR 2016/219667), que dice: *“No es óbice para ello el hecho de que el contrato detalle y concrete datos que singularizan e identifican cada uno de los créditos que componen la cartera, (cuantía, deudores, tipo de producto fecha vencimiento ..) pues se trata de una identificación y particularización a efectos meramente informativos a la par que lógica y necesaria para las actuaciones que el cesionario pueda llevar a cabo respecto a cada da uno de ellos; ni tampoco es óbice el hecho de que se hubiera pactado la recompra por el cedente de créditos defectuosos e incluso fijado un mecanismo para calcular el precio de dicha recompra, pues se trata de una operación distinta a la de cesión o transmisión inicial que, como hemos dicho, no se hace forma particularizada sino en bloque o en conjunto por un precio único por cada una de las carteras”*. En la doctrina, Romero García-Mora, Guillermo (*op. cit.*, p. 141) afirma que la caracterización como venta a tanto alzado conlleva que el régimen de responsabilidad pactado para el caso de créditos defectuosos no pueda tomarse como si fuera el precio del retracto que se pretenda.