



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El retracto del crédito litigioso en el proceso civil

Autora

Violeta Capapé Tejedor

Director

Javier López Sánchez

Facultad de Derecho
Año 2021

INDICE/TABLA DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN	7
1. ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	7
2. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	8
II. NATURALEZA DEL RETRACTO REGULADO EN EL ARTÍCULO 1535 CC	9
1. NATURALEZA DEL RETRACTO	9
2. ACCIÓN DE RETRACTO	10
3. FUNDAMENTO DEL RETRACTO	11
II. PRESUPUESTOS	11
1. CONCEPTO DE CRÉDITO	12
2. CARÁCTER LITIGIOSO DEL CRÉDITO	14
3. CESIÓN INDIVIDUAL O GLOBAL	15
4. PLAZO PARA EL EJERCICIO	17
5. LEGITIMACIÓN	18
6. NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL	19
III. DINÁMICA	20
1. TRIBUNAL COMPETENTE	20
2. OBJETO Y PROCEDIMIENTO	21
2.1. Acumulación de procesos	22
2.2. Reconvención	23
3. SUCESIÓN PROCESAL	23
4. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL	24
5. TERMINACIÓN DEL PROCESO POR SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL	25
IV. SUPUESTOS ESPECIALES	26
1. PROCESO MONITORIO	26
2. PROCESO DE EJECUCIÓN	27
3. CONCURSO DE ACREEDORES	30
4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL	31
V. CONCLUSIÓN	31
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34
VII. JURISPRUDENCIA	36

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC: Código Civil

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

LC: Ley Concursal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

C. De Com.: Código de Comercio

I. INTRODUCCIÓN

La situación económica y social de los últimos tiempos ha provocado que las entidades de crédito vendan de forma generalizada los créditos en situación de incumplimiento de pago. Por lo general, estos son comprados por los llamados fondos buitres, sociedades especializadas en el uso de la especulación financiera para la obtención de rendimientos económicos. Alguno de los créditos cedidos son discutidos en un proceso civil cuando se produce su venta y aquí es a partir de donde cobra importancia el retracto del crédito litigioso objeto de estudio.

El Código Civil introdujo esta figura sin tener en cuenta las implicaciones futuras que podría tener. A través de los artículos 1535 y 1536 del Código Civil se concede al deudor, por lo general la parte débil de la operación, la posibilidad de extinguir el crédito pagando el precio de la cesión.

Sin embargo, tanto su redacción como su interpretación pueden ser controvertidas desde el punto de vista procesal ya que no quedan del todo claro ni los requisitos para el ejercicio de la acción ni sus posibilidades en los diferentes tipos de procesos que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La lista de presupuestos necesarios para ejercitar el retracto es amplia limitando bastante las posibilidades de uso. La mayoría de estos requisitos quedan lejos de ser claros, lo que ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia mantengan posiciones diferentes sobre su tratamiento y aplicación. Entre los requisitos necesarios para el ejercicio del derecho se encuentra la individualización y determinación del crédito. La venta generalizada mediante carteras de crédito, en muchos casos, ha impedido las posibilidades de los deudores de acudir al artículo 1535 CC.

A lo largo de este trabajo se podrá ver cómo la falta de nitidez en la norma puede crear una gran inseguridad jurídica ya que aun no ha quedado determinado plenamente cómo se aplican estos requisitos.

1. ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Durante mis clases de derecho procesal civil el profesor López Sanchez, director de este trabajo comentó qué ocurría con la sucesión procesal en el caso de cesiones de créditos litigiosos. Desde

ese momento surgió mi interés por el tema y cuando llegó el momento de la elección fue mi principal opción.

El interés de este tema es muy variado debido al amplio abanico de materias que trata, desde el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho bancario, etc.. En concreto, en derecho procesal llaman la atención, desde el principio, los escasos estudios realizados sobre la figura siendo esta muy relevante en las últimas décadas.

Con la elección de este tema he buscado profundizar en los procesos sobre el retracto y sus diferentes posibilidades. Aunque tanto la falta de estudio como de regulación dificulten el análisis completo de los mismos.

2. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

La metodología seguida en el desarrollo del trabajo comenzó con la búsqueda de la jurisprudencia sobre el tema. Tras encontrarla realice un estudio detallado de esta buscando los elementos más relevantes de la figura y la problemática principal de esta dentro del proceso.

Una vez realizado el estudio jurisprudencial realice una búsqueda global de trabajos de referencia. Tras su lectura y análisis fui estableciendo el esquema que quería seguir en el trabajo y las partes de este en las que debía profundizar más. No son muy numerosos los estudios y trabajos disponibles sobre el retracto del crédito litigioso lo que ha hecho complicada la búsqueda de información.

Tras cerrar el esquema de ideas que quería plasmar en el trabajo he ido desarrollando cada una de ellas. Para ello realice un estudio exegético en el que fui analizando cada uno de los artículos que regulan la figura del retracto y los problemas que pueden surgir de su redacción. Además profundice la búsqueda llevando a cabo un análisis desde el punto de vista formal de cada uno de los procesos en los que podría aplicarse el retracto.

II. NATURALEZA DEL RETRACTO REGULADO EN EL ARTÍCULO 1535 CC

1. NATURALEZA DEL RETRACTO

Actualmente el retracto del crédito litigioso se regula en los artículos 1535 y 1536 del Código Civil. Su origen histórico se remonta al derecho romano: la Lex Anastasiana lo introduce con una doble finalidad, benevolencia y humanidad con el deudor y el restablecimiento de la paz social¹, además del intento de evitar la especulación sobre los créditos. Siglos más tarde, el Código Civil francés recoge el retracto de créditos litigiosos en su artículo 1699, el cual es copiado por la norma civil española.

El Código Civil denomina retracto del crédito litigioso a esta posibilidad del deudor. Sin embargo tanto la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1º, de 31 de octubre² como civilistas como Albaladejo³ consideran que esta calificación es incorrecta. Estos entienden que no puede considerarse un verdadero retracto ya que una de las características principales de estos es la subrogación en la posición del antiguo acreedor permaneciendo intacta el resto de la obligación⁴. En el «retracto» del artículo 1535 CC no existe esta subrogación sino que únicamente se concede la posibilidad del deudor de consignar el precio de la cesión y extinguir el crédito.⁵

Para entender el retracto debemos hacer un esquema de los sujetos que van a participar en la operación.

En primer lugar, la existencia de un crédito implica la participación de dos sujetos. El acreedor, el cual es titular del derecho a exigir la prestación llevada a cabo; y el deudor, el cual tiene el deber

¹ SENÉS MONTILLA, C., «Implicaciones procesales del derecho del deudor a extinguir el crédito litigioso objeto de cesión», en *Revista General de Derecho Procesal*, n. 40, 2016, pág. 2.

² En el fundamento Segundo de esta sentencia, se afirma: «La normativa de los arts. 1.535 y 1.536 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 crédito litigioso, y como retracto se le da tratamiento procesal en la práctica (aunque propiamente no lo es porque no hay subrogación)».

³ ALBALADEJO, M. «Derecho Civil. Derecho de obligaciones», vol.2, 13º ed., Edisofer, Madrid, 2008, pág. 539.

⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. et al, «Teoría general de la Obligación y el Contrato», vol.1, 5º ed., Edisofer, Madrid, 2018, pág. 274.

⁵ Apunta que el nombre de retracto únicamente se justificaría por un arrastre histórico y por la coincidencia del plazo de ejercicio con el general del artículo 1524 CC vid. ROMERO GARCÍA-MORA, G. «Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraible», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4/2010, 2010, pág 1.

jurídico de realizar la prestación⁶. Sin embargo, el presupuesto inicial para el posible ejercicio del retracto es la existencia de una cesión del crédito. Esta cesión implica la aparición del tercer sujeto, el acreedor cesionario, el cual se subroga en la posición del acreedor inicial tras la venta del crédito.

Tenemos que tener en cuenta que la mayoría de veces la cesión por parte del acreedor cedente al acreedor cesionario se realiza por un precio mucho menor al precio del crédito inicial. Esto es debido a que el cedente necesita liquidez de forma inmediata, y por lo general, el acreedor cesionario es un fondo buitre, empresas que adquieren los créditos a un precio menor con fines especulativos y con los cuales el deudor tiene escasas posibilidades de contacto. Por lo tanto tenemos tres sujetos diferentes: el deudor cedido, el acreedor cedente y el acreedor cesionario que se subroga en la posición del anterior acreedor.

Tras la cesión se producirá la sucesión dentro del proceso en el que se discuta la existencia del crédito. En este el acreedor cesionario solicitará que se le tenga como parte en el proceso como veremos posteriormente.

2. ACCIÓN DE RETRACTO

Una vez producida la sucesión procesal se plantea la acción de retracto. El objeto de esta acción es la declaración de la existencia del derecho del deudor a extinguir el crédito por el precio de la cesión. Como ya se ha indicado antes, aunque lo conozcamos como retracto la verdadera razón del artículo 1535 CC es la extinción de la deuda por un precio menor.

Esta acción se hace valer en un proceso diferente al ya existente, en el que se discuta la existencia o exigibilidad del crédito. Esto en mi opinión podría suponer dificultades en el ejercicio de la acción, ya que es el deudor, considerado la parte débil de la operación, aquel que debe interponer la acción para que se le reconozca su derecho. Abrir un nuevo proceso implica una serie de gastos: abogado, procurador, etc.. Teniendo en cuenta la condición de deudor de quien es actor del nuevo proceso creo que sería necesaria una regulación que permita el reconocimiento del derecho de retracto en el proceso ya existente como se verá posteriormente.

⁶ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ C.. et al, *op. cit.*, pág. 103

3. FUNDAMENTO DEL RETRACTO

Para encontrar el fundamento de la figura del retracto debemos acudir al nacimiento de la norma, el derecho romano, en concreto la *Lex Anastasia*. La norma se justificaba por razones de humanidad y benevolencia «*tam humanitatis quam benevolentiae plena*»⁷. El profesor De Castro en su análisis del artículo indica que la base de este es la paz, el fin de los procesos y el favor del débil frente a la especulación. Pudiendo llegar a considerarse incompatible con la dignidad de la justicia que se permita aprovecharse de un proceso.⁸

Sin embargo la finalidad actual de la norma ha cambiado con el nuevo contexto en el que se aplica. En sus inicios, las relaciones que regulaba al artículo 1535 se producían entre particulares mientras que actualmente las sociedades mercantiles son las que predominan en este tipo de operaciones. Por lo general los actuales deudores son personas con interés en el negocio mercantil, es decir los pleitos sobre retracto del crédito se producen entre personas jurídicas con intereses en la operación.

De esta manera se estaría perdiendo la verdadera razón de la norma, la humanidad de la justicia frente a especuladores de pleitos que se dirigían contra créditos de particulares. En mi opinión, como se indica con acierto⁹ que una reforma del artículo podría limitar la figura a las personas físicas, acercándose de esta manera a la verdadera finalidad de la norma.

II. PRESUPUESTOS

La redacción del artículo 1535 del Código Civil nos indica cuales son los presupuestos necesarios para la aplicación del retracto del crédito litigioso.

En primer lugar, el artículo indica que es necesaria la existencia de un crédito. Podríamos decir que este presupuesto es una de las cuestiones más relevantes de la figura y así lo recalca la jurisprudencia como la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre antes citada o la sentencia

⁷ MARSAL GUILLAMET, J. «Comentario a la Sentencia de 31 de octubre de 2008», en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 81/2009, 2009, pág. 3.

⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F. «Cesión de crédito litigioso: Aplicación del Artículo 1535 del Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pág. 266.

⁹ ROMERO GARCÍA-MORA, G. «Retracto de créditos litigiosos...» *op. cit.* Pág 6, Págs. 2 y ss.

728/2020 de 5 de marzo del Tribunal Supremo. Hay que delimitar el alcance de la figura del crédito y con ello en qué situaciones podrá operar el retracto y en cuales no.

En segundo lugar se debe aclarar qué significa que el crédito tenga carácter litigioso, ¿es necesaria la existencia de un proceso pendiente que verse sobre ese crédito?, ¿es litigioso desde que se presenta la demanda, o es necesaria una contestación?

El tercer presupuesto necesario para la figura y también muy discutido es si cabe el derecho al retracto cuando la venta del crédito se ha realizado de forma individual o mediante la venta de una cartera de créditos: la última forma de venta impediría la individualización del crédito y la determinación de su precio y características por separado.

Una vez se ha producido esta venta o cesión tenemos que determinar el plazo temporal en el que el deudor va a poder ejercitar el derecho y lo que es más importante, a partir de qué momento se empieza a contar dicho plazo. Además del requisito de plazo hay que tener en cuenta la legitimación ya que tenemos que establecer si es únicamente el deudor cedido el que ostentará la legitimación activa o si se extiende a otras figuras que estén cerca de la posición de deudor.

1. CONCEPTO DE CRÉDITO

El análisis del artículo 1535 del Código Civil junto con el 1536 de la misma norma nos permite ver que el concepto de crédito no está bien delimitado. El artículo nos indica “*Vendiéndose un crédito...*”, pero ¿qué entendemos por crédito? A lo largo del tiempo la doctrina y la jurisprudencia han mantenido posiciones contrarias con respecto al alcance del término crédito, hasta el punto de ser el elemento más discutido de la figura. La posición que se adopte depende de la interpretación que haga de la disposición, una interpretación restrictiva o una interpretación amplia¹⁰.

Si realizamos una interpretación literal del artículo 1535 CC podemos entender que el legislador ha querido limitar la figura del retracto únicamente a los derechos de crédito y no a cualquier otros

¹⁰ MOYA FERNÁNDEZ, A.; PÉREZ-PUJAZÓN, E. y TRIGO SIERRA, E., «*Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto del crédito litigioso y titulización*», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 44/2016, 2016, pág. 51.

derechos. Nos encontramos por tanto con una interpretación restrictiva, en la que para sus defensores, la palabra crédito únicamente comprende a los créditos dinerarios.

Los defensores de la tesis restrictiva presentan su postura como una interpretación de la voluntad del legislador. En realidad no es el legislador español el que optó por esta redacción sino el legislador francés, ya que el artículo tiene su antecedente en el artículo 1699 del Código Civil Francés y anteriormente en la Ley Anastasiana del Derecho Romano. Se hace conveniente un análisis de la postura que sostenía García Goyena¹¹ en su comentario al Código Civil y en concreto al artículo 1466 del Proyecto. Este indica que el Derecho Romano, en la primera redacción de la figura establecía el crédito como sentido inverso de la palabra *debitum*, es decir como un *nomen crédito*, (o crédito cierto), limitando estos únicamente a los dinerarios y por tanto siendo la voluntad del legislador conforme con la tesis restrictiva. Combinando estas dos interpretaciones llegamos a la conclusión que al aparecer escrito de forma literal la palabra crédito en el artículo 1535 CC y siendo esta la voluntad del legislador parece que no puede existir discusión a la tesis restrictiva.

Sin embargo, el propio García Goyena y posteriormente el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre ya citada, observan como es discutible sostener la argumentación restrictiva, debido a que el retracto del crédito litigioso no se regula únicamente en el artículo 1535 CC sino que hay que hacer una interpretación sistemática junto con el artículo 1536 CC, el cual regula las excepciones de la figura¹². En este artículo y siguiendo la misma interpretación literal que hacía la postura restrictiva podemos ver cómo en dos ocasiones se hace referencia a la palabra derecho, en lugar de la palabra crédito. En un contexto en el que no cabe reducir tal derecho a un derecho de crédito únicamente, la interpretación literal del artículo 1536 CC es la que nos permite introducir la postura amplia del significado de la palabra crédito, incluyendo dentro de este todos los derechos y acciones. Además el Tribunal Supremo, siguiendo los argumentos de Federico De Castro, también indica, en la sentencia antes citada, que numerosos artículos del Código Civil y especialmente el artículo 1526 CC referido a la transmisión de créditos, utilizan la expresión crédito de forma amplia, incluyendo la transmisión de derechos incorporales y de crédito.

¹¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Cometa S.A., Zaragoza, 1974, pág.773.

¹² Para un análisis de la postura de García Goyena, vid. ROMERO GARCÍA-MORA, G. «*Retracto de créditos litigiosos...*» *op. Cit.*, pág. 16.

En conclusión podemos decir que la postura amplia es la más conveniente a la hora de aplicar el retracto. No sólo porque la redacción del artículo nos lo indique, sino porque si nos basamos en la intención del legislador romano, la protección de la parte débil de la operación, el deudor cedido, tenemos que comprender no solo los créditos sino todo tipo de derechos cedidos y la protección de este contra la especulación de las partes más fuertes.

2. CARÁCTER LITIGIOSO DEL CRÉDITO

De forma general el carácter litigioso del crédito existe cuando, como la misma palabra indica, hay un litigio o proceso pendiente de resolver que verse sobre el dicho crédito. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, Sección 1ª nº690/1969, de 16 de diciembre, definió el crédito litigioso de la siguiente forma: *«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 lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.535 de nuestro Código Civil, "crédito litigioso", es aquél que habiendo sido reclamada 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 "litis pendencia", o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración»*. Es decir la jurisprudencia indica que únicamente serán créditos litigiosos aquellos sobre los que exista un proceso declarativo pendiente en el que resulta controvertida su existencia o exigibilidad.

El crédito no es litigioso a los efectos del retracto desde que se interpone y admite la demanda como se indica en el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que tal y como establece el artículo 1535 CC, el retracto del crédito sólo será posible desde el momento en el que se conteste a la demanda al mismo. Así se establece en el párrafo 2º del artículo 1535 CC el cual tendría carácter de norma especial prevaleciendo esta sobre la norma de litispendencia general que establece la LEC.

Además, no vale cualquier contestación a la demanda ya que la jurisprudencia, tanto antigua como reciente (ya que la STS de 31 de octubre de 2008 ya citada hace referencia a dos sentencias,

una del 14 de febrero de 1903 y otra del 8 de abril de 1904) exige una oposición de fondo a la demanda para que opere el retracto.

Con oposición de fondo a la demanda entendemos aquella que verse sobre el fondo del asunto, sobre la declaración de existencia y exigibilidad del crédito y no meramente sobre cuestiones procesales¹³. Aunque el TS ha aceptado como oposición de fondo la oposición tácita que supone la rebeldía ex art. 496.2 LEC.¹⁴

Podemos entender que el crédito es litigioso desde el momento en que se ha contestado a la demanda y seguirá siendo así mientras exista un proceso pendiente sobre el mismo, es decir, mientras no exista sentencia firme. Es necesaria la pendency de un proceso para que sea posible el retracto. Hay que remarcar que aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 410 señala que hay litispendencia desde que se interpone la demanda, sin embargo, a los efectos del retracto la litispendencia no se inicia hasta que se conteste a la demanda.

En esto hace hincapié la reciente sentencia del Tribunal Supremo 728/2020 de 5 de marzo, antes citada, la cual, tras hacer un repaso de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, indica que es necesario un doble requisito para que exista el retracto. En primer lugar un requisito temporal, la existencia de un proceso pendiente que no haya finalizado en el momento de la cesión del crédito. De esta manera se marca el momento a partir del cual se considera el crédito litigioso, desde la contestación de fondo a la demanda, y el momento final en el que el crédito pierde la litigiosidad, cuando la sentencia deviene en firme. En segundo lugar es necesaria la identificación del crédito planteándose dificultades en las cesiones globales en las que el crédito no está individualizado y por tanto determinado.

3. CESIÓN INDIVIDUAL O GLOBAL

Como ya he indicado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020 citada en varias ocasiones establece dos requisitos para que sea posible el retracto, el requisito temporal marcando la litigiosidad del crédito y el requisito material o de contenido de la acción judicial.

¹³ MOYA FERNÁNDEZ, A.; PÉREZ-PUJAZÓN, E. y TRIGO SIERRA, E., «Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés...» *op. Cit.*, pág.53.

¹⁴ SENÉS MONTILLA, C., «Implicaciones procesales del derecho...» *Op. Cit.*, pág.11

En el primer punto hemos concluido en la idea de que es posible aplicar la figura del retracto tanto a créditos como a derechos delimitando así parte del contenido de la acción, sin embargo, la Sentencia de 31 de octubre de 2008 ya mencionada entiende que el artículo 1535 CC se refiere a “*todos los derechos (y acciones) individualizados y que sean transmisibles*”. Llama la atención es la palabra individualizados y porque el Tribunal Supremo llega ya a esa conclusión en 2008. Es cierto que de la propia redacción del artículo 1535 CC se desprende la idea de individualización del crédito al disponer este en varias ocasiones “*Vendiéndose un crédito...*” “*Se tendrá por litigioso un crédito...*”, sin embargo sigue siendo objeto de controversia si la figura se puede aplicar cuando la venta del crédito se ha producido de forma individualizada o cuando esta venta se ha realizado en conjunto con otros créditos, conociendo esto como venta de carteras de créditos o venta en bloque. Sobre esta cuestión fija doctrina la STS 1420/2015, Sala de lo Civil, Sección 1º, de 1 de abril de 2015 al indicar que no es posible ejercitar el derecho de retracto en una cesión en bloque debido a que, en el caso concreto (segregación mercantil), no se produce la individualización del crédito o derecho que caracteriza la figura del retracto, debido a que cuando se produce la venta en globo o bloque no se vende cada crédito por separado con todas las características que lo componen, sino que se vende un conjunto de créditos sin una enumeración de cada uno de ellos de forma individual. Además, como se indica con acierto, tenemos que tener en cuenta que los créditos que componen la cartera vendida, en la mayoría de ocasiones, no tienen más conexión entre ellos que la titularidad del acreedor al que se le cede la cartera¹⁵.

No obstante hay que apuntar que estos argumentos no resultan suficientes para justificar que no es posible aplicar el retracto en todos los tipos de venta de carteras de créditos¹⁶. El único elemento válido para justificar esta idea se encuentra en la propia intención de la norma que es evitar la especulación que podría tener el comprador del crédito con un proceso pendiente.

De esta manera es posible la aplicación del retracto cuando, aunque lo que se ha vendido es una cartera de créditos, si se puede determinar individualizadamente el precio pagado por dicha cesión o prorratear el precio cuando no fuese una sucesión universal¹⁷. En este sentido la Audiencia

¹⁵ SENÉS MONTILLA, C., «*Implicaciones procesales del derecho...*» *Op. Cit.*, pág.5.

¹⁶ DÍAZ MORENO, A. «*Comentario a la Sentencia de 1 de abril de 2015 (RJ 2015,1175)*», en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 100, 2016, pág. 9.

¹⁷DÍAZ MORENO, A., «*Comentario a la Sentencia...*» *op. cit.*, pág. 9.

Provincial de Barcelona establece en la sentencia 98/2011 de 2 de marzo que lo importante es la posibilidad de individualizar los créditos aunque se hayan vendido en cartera ya que se podrá determinar cuanto vale cada uno en base al porcentaje con respecto al total de la venta.

En definitiva, podemos decir que la regla general es que no es posible el uso del retracto del crédito litigioso del art.1535CC cuando se trate de una venta en bloque, o en la mayoría de los casos, cuando estemos ante una sucesión universal. Ahora bien habrá que analizar el caso en concreto ante el que nos encontremos y valorar si es posible llevar a cabo una individualización de los créditos *“El que no se ha fijado un precio individual a cada crédito no debera ser obstáculo para el ejercicio de aquél derecho. Si el crédito se ha vendido o cedido en bloque con otros derechos de crédito (alzadamente o en globo, en terminología del Código Civil) el deudor puede liberarse de su obligación abonando al cesionario la cantidad que resulte de prorratear el total importe de la cesión sobre el crédito singular cuyo pago está obligado, con los demás gastos previstos en el art.1535 CC”*¹⁸.

4. PLAZO PARA EL EJERCICIO

El párrafo tercero del artículo 1535 CC establece un plazo de nueve días desde la reclamación del pago por el cesionario para el ejercicio del derecho de retracto, no obstante, aunque la disposición establezca el día de reclamación del pago como el *dies a quo* del plazo, la jurisprudencia ha mantenido distintas posiciones sobre qué día en concreto será el *dies a quo*, pudiendo contarse desde el día en el que el deudor recibe el escrito de personación del cesionario, es decir desde que se le notifica que el nuevo cesionario ha entrado a formar parte del proceso; desde que se notifique el auto por el cual se da traslado al deudor de la solicitud de sucesión procesal del cesionario; desde la notificación del auto que declara que se ha producido la sucesión procesal del acreedor cedente en el cesionario; o por último desde el primer emplazamiento¹⁹.

En mi opinión creo que hay dos posturas correctas para determinar el *dies a quo*, la primera como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 11567/2002 de 7 de octubre de 2002 en la que el *dies a quo* se iniciará el día que el deudor tenga conocimiento pleno de la transmisión al

¹⁸ DÍAZ MORENO, A., «Comentario a la Sentencia...» *op. cit.*, pág. 13.

¹⁹ Para un análisis completo del plazo para el ejercicio vid. MOYA FERNÁNDEZ, A., PÉREZ-PUJAZÓN, E. y TRIGO SIERRA, E., «Cesión de créditos y cuestiones prácticas ...» *op. cit.*, págs. 57 y 58.

cesionario, es decir desde el día que el acreedor cedente o el cesionario le notifiquen al deudor el precio y condiciones de la venta o cesión del crédito litigioso; y la segunda marcada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 461/2013 de 26 de junio de 2014 la cual establece como *dies a quo* el día en el que el nuevo cesionario le reclame el pago al deudor pudiendo entender este día, en mi opinión, como el día en el que se produce la personación del cesionario en el proceso y solicita la sucesión procesal indicando de esta manera su intención de reclamar la deuda como nuevo cedente.

En los casos en los que el procedimiento haya sido iniciado por el cedente, tendremos que acudir a la segunda respuesta, es decir el *dies a quo* se iniciara el día de personación y solicitud de sucesión procesal del cesionario. Sin embargo si el proceso se ha iniciado de otra forma acudiremos a la primera solución, es decir el *dies a quo* se contará desde que el deudor tenga conocimiento pleno de la existencia de la cesión²⁰.

5. LEGITIMACIÓN

El último elemento a tener en cuenta para que proceda la aplicación del retracto es la legitimación, es decir quién reúne las condiciones necesarias para invocar el derecho de retracto del artículo 1535 CC en el proceso.

Dentro de la legitimación tenemos que diferenciar entre la legitimación activa y la legitimación pasiva. La legitimación activa es la más relevante ya que es esta parte la que tendrá que ejercitar el retracto. El artículo 1535CC en su redacción indica que es el deudor el que tiene derecho a extinguir el crédito, es decir, establece que únicamente el deudor cedido ostentará la legitimación activa para el ejercicio del retracto.

A partir de aquí podemos discutir una vez más el alcance de la palabra deudor, ya que este no está determinado. Todos los deudores tienen la posibilidad de ejecutar el retracto, tanto personas físicas como personas jurídicas²¹. Además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18

²⁰ MOYA FERNÁNDEZ, A., PÉREZ-PUJAZÓN, E. y TRIGO SIERRA, E., «Cesión de créditos y cuestiones prácticas...» *op. cit.*, pag 58.

²¹ SENÉS MONTILLA, C., «Implicaciones procesales del derecho...» *Op. Cit.*, pág. 12.

de febrero de 2015²² ha considerado que también serán considerados deudores y ostentaran la legitimación activa para el reconocimiento del derecho el hipotecante no deudor y el tercer poseedor. Todos ellos son responsables del pago del crédito y por tanto con el derecho al ejercicio del retracto por la venta de dicho crédito.

No obstante, tenemos que considerar que atendiendo al espíritu de la norma, proveniente del derecho romano, la intención de esta es la protección que los débiles frente a la especulación de los compradores de créditos. La *ratio legis* nos lleva a pensar que quizás no todos los deudores puedan definirse como la parte débil a la que hace alusión la intención normativa y preguntarnos si se tendría que limitar el vocablo deudor únicamente a las personas físicas y descartar a las entidades financieras que parten de una posición más fuerte en las operaciones de crédito.

Desde mi punto de vista debería realizarse un estudio de la ratio de la figura en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el acceso al derecho de retracto a aquellas personas que puedan ser parte débil en la operación. Esto puede realizarse estableciendo una serie de requisitos como podría ser la condición de consumidor del deudor, o la constitución de una unidad familiar.

6. NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

En un principio puede resultar evidente, hasta el punto de realizarse así en la práctica, que al ejercitar un derecho o acción en un proceso estamos reclamando un reconocimiento judicial del derecho, siendo necesario este pronunciamiento para su ejercicio. Para que sea posible el retracto es necesario que este derecho sea reconocido por el juez. Es posible que el acreedor acceda a extinguir el crédito por un acuerdo extra procesal, sin embargo es poco probable que este acceda a una rebaja del precio por iniciativa propia²³.

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 138/2014 de 18 de febrero. «*Deudor, ante todo, es quien en la relación jurídica de deuda y crédito que se cede, aparece como principal (y en no pocas ocasiones, único) obligado. Es aquél que participó en la creación de la relación obligacional, o quien, por los mecanismos adecuados, le ha sucedido. Pero, como la cesión comprende "la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio" (artículo 1.528 de Código Civil), siendo este un efecto natural de la cesión, debe estimarse que los obligados por la garantía, sea personal o sea real, pueden ejercitar el derecho, pues ellos son también "deudores cedidos", esto es, obligados o responsables -según los casos- incluidos en la cesión, que deberán actuar su garantía ya frente al cesionario y no frente al cedente cuando le sea oponible la cesión conforme al artículo 1.526 del Código Civil .».*

²³ SENÉS MONTILLA, C., «*Implicaciones procesales del derecho...*» op. cit., pág.12.

Tenemos que tener en cuenta que el ejercicio de una acción no implica que se nos reconozca la tutela jurídica solicitada sino a que se dicte sentencia declarando la existencia del derecho o negándola. En el caso de que el juez dicte una sentencia estimatoria declarando la existencia del derecho de retracto, el deudor la podrá hacer valer frente al acreedor cesionario. Procederá entonces a la extinción del crédito mediante el pago del precio de la cesión, afectando esto directamente al primer proceso como veremos luego.

Sin embargo aunque la práctica judicial incite a pensar que es necesario este reconocimiento judicial podemos plantear otra solución. El inicio del segundo proceso en el que se declare el derecho puede producir perjuicios tanto al deudor, al aumentar significativamente las costas procesales, como a la Administración de Justicia la cual aumenta el número de procesos pendientes. Resultaría interesante la creación de una regulación que posibilitase al deudor a ejercer su derecho al retracto sin necesidad de un proceso nuevo, sino como cuestión incidental. El deudor solicitaría dentro del proceso el reconocimiento del derecho. El juez comprobaría que se den todos los requisitos y tras ello se podría abrir paso a la extinción. Un ejemplo de esto lo encontramos en la compensación automática del artículo 1202 CC²⁴, la cual tras solicitud de la parte interesada se reconoce automáticamente cuando se cumplen los requisitos para ello. Todo ello sin la necesidad de abrir un nuevo proceso y lo que esto conlleva.

III. DINÁMICA

1. TRIBUNAL COMPETENTE

Como se ha visto es necesario un procedimiento judicial en el que se declare la existencia del derecho de retracto. Para iniciar este procedimiento judicial, el deudor ha de ejercitar la acción de retracto ante el juzgado de primera instancia o mercantil que corresponda.

En relación con la competencia territorial, la acción de retracto del artículo 1535 CC no tiene atribuido un fuero competencial específico. Esto significa que tiene que seguir las reglas del fuero general de los artículos 50 y 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, el domicilio de la

²⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E., «*Derecho Procesal Civil*», Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, pág.276.

persona física o jurídica demandada. Siempre y cuando no se haya producido la sumisión expresa o tácita de los artículos 54, 55 y 57 LEC.

Para un mayor análisis de la cuestión tenemos el auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017, en el cual se resuelve un conflicto negativo de competencia territorial en el marco de una demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de retracto del art.1535 CC. En este se hace hincapié en el control de la competencia territorial y quien puede hacerlo en cada uno de los casos. La acción de retracto no se incluye dentro de los fueros imperativos por lo que debemos descartar la posibilidad de control de oficio por el juez. El único modo de controlar la competencia territorial en este caso sería con la declinatoria regulada en los artículos 63 y siguientes de la LEC.

2. OBJETO Y PROCEDIMIENTO

El artículo 249.1 ap.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que se decidirán en el juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía aquellos procesos en los que se ejercite una acción de retracto de cualquier tipo. Al no existir ninguna previsión legal más al respecto tenemos entendemos que el procedimiento a seguir para el ejercicio del retracto del crédito litigioso seguirá los cauces del juicio ordinario.

Sin embargo, como ya se ha podido observar anteriormente no estamos ante un retracto común. Hay una serie de requisitos y elementos especiales necesarios para que sea posible su ejercicio. Además de estos nos encontramos con los recogidos en el artículo 266 ap. 2º LEC el cual establece que serán necesarios los documentos que constituyan prueba del título en el que se funden las demandas de retracto; y cuando sea exigido por ley o por contrato, el documento que acredite a consignación del precio. Ambos son requisitos necesarios para la admisión de la demanda.

Para entender la dinámica del retracto del crédito tenemos que tener claro el esquema procedimental. En primer lugar partimos de la existencia de un proceso, por lo general declarativo, en el cual se discute la existencia o exigibilidad del crédito, el cual llamaremos proceso principal. Durante la pendencia de este proceso, el que era el acreedor del crédito lo vende a otra entidad, produciéndose así una sucesión procesal. En ese momento el deudor se encuentra con un nuevo escenario, un acreedor diferente que le reclama la deuda cuestionada. Es aquí cuando, dándose

todos los elementos necesarios, el deudor puede plantear la demanda en la que ejercite la acción de retracto. Es decir, inicia un nuevo proceso declarativo ejercitando la acción para el reconocimiento de su derecho a extinguir el crédito por el precio de la cesión.

El elemento más relevante a la hora de ejercitarla es el plazo, que como ya se ha señalado, el artículo 1535 CC establece un plazo de 9 días para ejercicio de la acción. Depende el criterio que sigamos a la hora de determinar el *dies a quo*, desde la solicitud de sucesión procesal o desde el conocimiento de la cesión del crédito.

El deudor interpone la demanda ante el juzgado de primera instancia o mercantil que corresponda iniciando así el segundo proceso.

2.1. Acumulación de procesos

Es preciso analizar la posibilidad de acumulación de ambos procesos. El artículo 76 LEC permite la acumulación en los supuestos en los que la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro. En este caso la sentencia que recaiga en el segundo proceso puede suponer el fin del primero por lo que podríamos considerar la posibilidad de la acumulación.

Hay que tener en cuenta que el artículo 77 LEC únicamente permite la acumulación de procesos declarativos que se sustancien por los mismos trámites. Si la acción de retracto sigue los trámites del procedimiento declarativo ordinario, únicamente se podrán acumular aquellos supuestos en los que el primer proceso también siga este tipo de procedimiento o no se produzca una pérdida de los derechos procesales al acumularlos.

Como veremos luego, la competencia territorial para el ejercicio de la acción del artículo 1535 CC no encaja dentro de los foros imperativos por lo que el requisito del apartado tercero del artículo 77 también se cumple.

Este artículo nos lleva a descartar la posibilidad de acumulación cuando estemos ante un proceso de ejecución ya que estaríamos ante un procedimiento de ejecución y un juicio declarativo, ambos diferentes e imposibles de acumular.

2.2. Reconvención

Si observamos los requisitos necesarios para el ejercicio del retracto podemos ver cómo la posibilidad de reconvención está limitada. Uno de estos requisitos es la litigiosidad del crédito, para que esta se dé tiene que haberse dado una contestación de fondo a la demanda por parte del deudor.

El artículo 406 LEC indica que la reconvención habrá de realizarse al contestar la demanda, por lo que todos los requisitos necesarios para el ejercicio del retracto habrán de darse con anterioridad a la contestación. Esta posibilidad es difícil ya que en muchas ocasiones la sucesión procesal se produce tras la contestación a la demanda cerrando de esta manera la posibilidad de reconvenir.

3. SUCESIÓN PROCESAL

La sucesión procesal es el momento clave para la existencia del retracto, de que se produzca correctamente depende el resto del litigio. Tenemos que tener en cuenta que la sucesión procesal se produce en el proceso principal, es decir en el proceso inicial en el que se discutía la existencia o exigibilidad del crédito.

En la mayoría de las ocasiones la sucesión procesal no afecta al proceso, únicamente se produce un cambio en una de las partes sin afectar al objeto del litigio ni a su solución. Sin embargo, en el caso del retracto del crédito dicha sucesión es la que (incitará) al deudor a instar la acción de retracto. Esto es así debido a que por lo general, la venta del acreedor cedente al acreedor cesionario se realiza a un precio menor que el debido por el deudor en un principio y el cual se reclama.

Es cierto que la sucesión procesal ocurre en el primer proceso y que la solución de este no cambiará aunque las partes sean diferentes. Pero la interposición de la acción de retracto en un proceso declarativo diferente y el pronunciamiento que se haga sobre ello en el segundo proceso, afectará de forma directa a la terminación del primer proceso.

Centrándonos en la sucesión en el proceso declarativo, esta tiene lugar debido a la transmisión del objeto litigioso. El artículo 17 LEC regula este tipo de sucesión procesal e indica el procedimiento a seguir. Cuando se haya transmitido el objeto del litigio el adquirente, en este caso el acreedor cesionario, deberá solicitar que se le tenga como parte en la posición procesal que

ocupaba el acreedor cedente. Tras este momento el Letrado de la Administración de Justicia dictará mediante diligencia de ordenación la suspensión de las actuaciones y dará traslado a la otra parte, el deudor, para que formule las correspondientes alegaciones. En este momento el deudor puede oponerse o no, para optar por la primera opción el deudor tiene que acreditar que le competen derechos o defensas que solo puede hacer valer contra el acreedor cedente o que la sucesión podría afectar gravemente a su derecho de defensa. Por lo general, en cuestiones de cesión de créditos, al deudor no le interesa oponerse a la sucesión ya que esta le abre la posibilidad del retracto y por tanto a extinguir la deuda por un precio menor. El juez resolverá mediante auto lo que estime procedente, si este estima las pretensiones del deudor, el acreedor cedente tendrá que continuar en el juicio.

En caso de no oponerse el Letrado de la Administración de Justicia mediante un decreto alzará la suspensión y dispondrá las nuevas posiciones del pleito.

4. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL

Al interponer el segundo proceso se debe analizar que ocurre con el procedimiento principal en el que se discutía la existencia o exigibilidad del crédito. Ya se ha tratado anteriormente la posibilidad de acumular ambos procesos, sin embargo en la práctica se opta por la segunda de las opciones, la suspensión del primer proceso por prejudicialidad.

El artículo 43 LEC indica que cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que constituya objeto principal de otro proceso pendiente, sin ser posible la acumulación, el tribunal podrá suspender el procedimiento hasta que finalice el proceso de la cuestión prejudicial.

En el caso del retracto será el deudor y demandante en el proceso de declaración del derecho de retracto el que solicitara al juez del primer proceso que lo suspenda. El juez mediante auto decretará la suspensión de las actuaciones a la espera de que se resuelva sobre la procedencia del retracto al amparo del citado artículo 43 LEC.

El fundamento principal para abrir la posibilidad de la suspensión por prejudicialidad es la posible terminación del primer proceso por satisfacción extraprocésal. Dependiendo de que se declare la procedencia o no del derecho al retracto, el primer proceso terminará mediante una sentencia sobre el fondo del asunto (existencia o exigibilidad del crédito) o por satisfacción extraprocésal.

5. TERMINACIÓN DEL PROCESO POR SATISFACCIÓN EXTRAPROCÉSAL

Nos encontramos en el final del procedimiento, el juicio declarativo en el cual se ejercitaba la acción de retracto del artículo 1535 CC ha finalizado con una sentencia estimatoria. Se ha reconocido la tutela jurisdiccional pretendida por el deudor, es decir, su derecho a extinguir el crédito mediante el reembolso al cesionario del precio de la cesión.

Aún habiéndose reconocido el derecho, debemos tener en cuenta que existe otro proceso abierto, aquel en el que se discutía la existencia o exigibilidad del crédito y el cual había permitido el ejercicio del retracto. La sentencia estimatoria permite al deudor extinguir la deuda mediante el pago al cesionario del precio de la cesión, cuando este realice el pago deberá acreditarlo.

En el momento en el que se produce la acreditación del pago se extingue el derecho discutido en el primer proceso, es decir, se ha extinguido el crédito sobre el cual se discutía su exigencia o exigibilidad. De esta manera se produce la pérdida sobrevenida del objeto del primer pleito y por tanto se ha de instar la terminación de este por satisfacción extraprocésal regulada en el artículo 22 LEC.

Este artículo indica que si hay acuerdo de las partes será el Letrado de la Administración de Justicia el que decreta la terminación del proceso. En este caso no carece de sentido pero existe la posibilidad de que el cesionario se niegue a la terminación del proceso, si esto ocurriese sería el juez el que tras la comparecencia de las partes decidiese mediante auto si continúa el procedimiento.

Como se puede comprobar es en este momento dónde cobra sentido uno de los fundamentos de la norma, cortar pleitos. De esta manera se ha evitado la continuación del primer proceso y lo que esto supone para las partes y para la Administración de Justicia.

IV. SUPUESTOS ESPECIALES

1. PROCESO MONITORIO

Cuando se entabla un procedimiento monitorio el acreedor busca el cumplimiento de pago de la deuda, como sí de un proceso de ejecución se tratase. No obstante, hay que tener en cuenta que este no estamos ante un proceso de ejecución ya que el acreedor no cuenta con títulos ni judiciales ni extrajudiciales que funden la ejecución. Con la interposición del procedimiento monitorio se está entablando un procedimiento declarativo ya que la finalidad en sí misma es la constitución de un título ejecutivo (a falta de la oposición del deudor).²⁵

El procedimiento monitorio únicamente cabe si se cumplen una serie de requisitos. En primer lugar la existencia de una deuda dineraria, en el caso del retracto, tendríamos el crédito esta vez dinerario. Esta debe ser líquida, expresada numéricamente, es decir un crédito de una cantidad de dinero determinada (esto ya era un requisito para el retracto en el proceso declarativo). Además la deuda tiene que estar vencida, es decir ha de haberse superado el plazo para el pago. Por último debe ser exigible, el deudor debe estar obligado al pago.

Cómo podemos observar en un principio el crédito dinerario objeto de un posible retracto cumple todas las condiciones iniciales. Ahora, una vez iniciado el procedimiento y presentada la solicitud ante el juzgado acreditando todas las características de la deuda se requiere el pago al demandado, el deudor.

El problema se inicia aquí ya que para que sea posible el retracto es necesaria una contestación a la demanda. Sin embargo, en el procedimiento monitorio no hay una contestación, sino que únicamente el deudor tiene la posibilidad de oponerse por escrito continuando los trámites del procedimiento declarativo (art. 818 LEC). Aquí encontramos dos casos diferentes, aquellos en los que la oposición da lugar a un juicio ordinario y aquellos cuya oposición da lugar a un juicio verbal.

En aquellos casos en los que la formulación de la oposición da lugar a un juicio ordinario debido a que la cuantía supera la procedencia del juicio verbal, el acreedor deberá formular una nueva

²⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *«La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales»*, La Ley, Madrid, 2019, págs. 33 y 34.

demanda debiendo ser contestada nuevamente por el deudor. Es en esta segunda contestación a partir de la cual consideramos como litigioso el crédito a efectos del retracto.

Sin embargo cuando la oposición del deudor de lugar a un procedimiento declarativo seguido por los trámites del juicio verbal, el escrito de oposición servirá tanto para impedir la continuación del proceso monitorio como de contestación a la demanda. En consecuencia, si el deudor se opone negando los hechos formulados en la demanda por el acreedor, esta oposición servirá como contestación de fondo a la demanda y por tanto como inicio de la litigiosidad del crédito a efectos del retracto.²⁶

Es preciso remarcar que se descarta la posibilidad de ejercicio del retracto si el deudor opta por la opción del pago de la deuda voluntariamente o si deja transcurrir el plazo produciéndose la ejecución forzosa. En estos supuestos no se habrá producido la contestación de fondo a la demanda y por tanto el crédito no tendrá el carácter de litigioso.

2. PROCESO DE EJECUCIÓN

En un principio la jurisprudencia ha rechazado la aplicación del retracto en un proceso de ejecución de títulos judiciales. Esto se debe a que consideran que el crédito cedido ha perdido la condición de litigioso al existir una previa resolución judicial que versa sobre su existencia o exigibilidad, y cómo se ha indicado anteriormente, llegando al *dies ad quem* de litigiosidad del crédito. Al perder dicho requisito, descartaríamos la aplicación del retracto del art. 1535 CC.

En este sentido la sentencia 888/2018 de 12 de diciembre de la Audiencia Provincial de Barcelona indica «*Asimismo, no es controvertido que en los procedimientos de ejecución de título judicial no es aplicable el art. 1535 CC dado que existirá una previa resolución judicial firme que habrá determinado la existencia y exigibilidad del crédito*» y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 1961/2015 de 18 de febrero: «*Cuando el crédito se actúa en un proceso de ejecución, es necesario distinguir según esa ejecución sea por título judicial o por título no judicial. En el primer caso, no hay ni puede haber ya pleito o litigio pendiente, que quedó concluso con la sentencia firme. La oposición de fondo que en ese proceso de ejecución puede plantear el ejecutado*

²⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «*La regulación del proceso monitorio...*» *op. cit.*, págs. 435 y 436.

no puede basarse en hechos anteriores a la firmeza, sino estrictamente posteriores: el pago o el pacto para evitar la ejecución»

Sin embargo, la cuestión cambia cuándo hablamos de ejecución por títulos extrajudiciales (o de ejecución hipotecaria). En este caso no ha existido un proceso anterior y por tanto no cabe hablar de crédito litigioso. La oposición en estos procesos es mucho más amplia y esta abre la posibilidad negar el derecho del propio acreedor o la exigibilidad del crédito.

Si volvemos a los requisitos necesarios para la aplicación del retracto, comprobamos que es necesaria una oposición de fondo a la demanda. Y aquí nos preguntamos, ¿es suficiente la oposición que ofrece la Ley de Enjuiciamiento Civil para considerar que se ha realizado una oposición de fondo?

El artículo 557 LEC permite la oposición de fondo a la ejecución de títulos no judiciales por siete motivos, entre ellos que el título contenga cláusulas abusivas. Además el artículo 695.1 4º LEC permite la oposición a la ejecución hipotecaria por el mismo motivo.

En este sentido se plantearon dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de si es posible que el consumidor extinga la deuda contraída con un profesional de acuerdo a la *Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*²⁷. La primera de las cuestiones planteada se resuelve de la siguiente manera: *«La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a éste el precio que haya pagado por esa cesión.»*²⁸

En 2018 se produce la segunda de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE. En esta el tribunal español cuestiona la abusividad de la práctica empresarial de la cesión o compra de créditos sin

²⁷ Para un análisis de las cuestiones prejudiciales vid. SENÉS MONTILLA, C., *«Tratamiento procesal de la cesión del crédito litigioso en el proceso de ejecución»*, en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, 2017, págs. 12 y ss..

²⁸ Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 5 de julio de 2016.

ofrecer al consumidor la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó: «*La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido, por una parte, de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código Civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso.*»²⁹.

De ambos fallos podemos sacar la conclusión de que no es posible aplicar la *Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* y que por tanto debemos descartar la posibilidad de usar la oposición de fondo por cláusulas abusivas recogida en los artículos 557.7º y 695.1 4º LEC como motivo de fondo.

Sin embargo, existen pronunciamientos judiciales que consideran suficiente una oposición en la cual esgrima alguna de las causas que discutan la existencia o exigibilidad del crédito. En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de febrero ya citada indica que este tipo de procesos se abre por la fuerza del título ejecutivo pudiendo plantear una oposición de fondo mucho más amplia. Con oposición más amplia podemos encontrar la del artículo 557.1 1º, 2º y 5º LEC que discuten la negación del derecho y la inexigibilidad del pago; y la del artículo 695.1 1º y 2º LEC para la ejecución hipotecaria los cuales discuten la extinción de la garantía o el error en la determinación de la cantidad reclamada. La SAP Madrid de 18 de febrero concluye la cuestión indicando que «*La misma razón por la que la jurisprudencia considera litigioso el crédito que se combate en su existencia, exigibilidad o cuantía, se da en estos supuestos.*».

Por todo ello podríamos admitir la posibilidad del ejercicio del retracto en el proceso de ejecución por títulos no judiciales o ejecución hipotecaria. El crédito mantendría su condición de

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 7 de agosto de 2018 (Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17).

litigioso cuando se discuta su existencia o exigibilidad en un proceso pendiente, con indiferencia del tipo de proceso en el que se discuta. En definitiva, lo que determina esta posibilidad son las causas de oposición que se esgriman ya que únicamente las que discutan la existencia o exigibilidad permitirán la posibilidad de ejercicio del derecho de retracto del artículo 1535 CC.

3. CONCURSO DE ACREEDORES

El artículo 207 de la Ley Concursal³⁰ permite la enajenación de bienes o derechos litigiosos promovidos *“Los bienes o derechos sobre cuya titularidad o disponibilidad exista cuestión litigiosa promovida, podrán enajenarse con tal carácter, quedando el adquirente a las resultas del litigio”*. Este artículo abre la puerta a la aplicación del retracto del crédito del artículo 1535 CC, sin embargo debemos realizar algunas precisiones sobre este procedimiento.

Para entender cómo se ejercitaría el retracto dentro del concurso debemos marcar cómo sería el esquema procedimental. En primer lugar nos encontramos con la existencia de un proceso en el cual se discute la existencia o exigibilidad de un crédito. Durante la pendencia de dicho proceso se produce la entrada en concurso de acreedores del deudor en el crédito del primer proceso. Con su entrada en concurso se produce la elaboración de la lista de acreedores. Entre ellos estará el crédito litigioso discutido en el primer proceso ya existente, debiendo calificar este como crédito litigioso. El artículo 262 LC establece que los créditos litigiosos seguirán el mismo régimen que los créditos sometidos a condición suspensiva, es decir serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia tal y como indica el artículo 261.3 LC.

Durante el concurso se produce la venta del crédito litigioso. Al estar el deudor en concurso es la administración concursal la que va a administrar todos los bienes y derechos dentro de la masa. Esto hace que el deudor no pueda ejercitar el artículo 1535 CC sino que ha de ser la administración concursal la que reclame el derecho de retracto en un nuevo proceso declarativo³¹. Una vez dictada sentencia estimatoria declarando el derecho al retracto será también la administración concursal la que proceda al pago extinguiendo de esta manera la deuda.

³⁰ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

³¹ CARRASCO PERERA A., «Sobre la problemática cesión y “retracto” de créditos litigiosos», en Gómez-Acebo & Pombo, 2017, pág.2.

4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Una vez más el elemento de litigiosidad nos hace plantearnos si podemos considerar litigioso a efectos del retracto el crédito discutido en el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. La jurisprudencia no se ha pronunciado mucho sobre esta cuestión.

Es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio antes citada una de las primeras que incide sobre esta cuestión. En esta se plantea la duda si el crédito se puede considerar litigioso cuando su cesión se ha realizado estando pendiente de resolver la apelación del auto de sobreseimiento de la querrela criminal. Y además si a través de la acción civil se estaba discutiendo la existencia del crédito.

La sentencia resuelve la cuestión declarando la litigiosidad del crédito e incluyendo que el artículo 1535 CC no puede excluir la naturaliza litigiosa del crédito cuya litigiosidad tenga origen en la vía penal cuando no se ha renunciado a la acción civil. El crédito discutido tiene el mismo carácter que el discutido por la vía civil exclusivamente por lo que, acreditando que lo que se cuestiona es la existencia o exigibilidad de este, tenemos que admitir la posibilidad del ejercicio de la acción de retracto en el curso de un proceso penal.

V. CONCLUSIÓN

En un principio, el legislador introdujo el artículo 1535 CC con la finalidad altruista de proteger a aquellos deudores en situaciones de impago los cuales junto a los créditos eran objeto de la especulación de grandes empresas. Sin embargo, el paso de los años ha llevado a un cambio en las operaciones de crédito, ahora son las empresas las que ocupan ambos puestos en la operación. Esta realidad ha supuesto que la norma pierda su objetivo inicial, la protección del consumidor como parte débil de la operación.

Los problemas de esta figura empiezan en la configuración de esta como retracto. Esto es debido a que no puede denominarse de esta manera al no cumplir con los requisitos necesarios para ello. La función del artículo 1535 CC es únicamente establecer la posibilidad del deudor de extinguir la deuda por el precio de la cesión.

A su vez del estudio del artículo se podrían sacar las siguientes conclusiones:

Primera: La falta de una conveniente regulación, ya que aunque el artículo 1535 CC establece los requisitos para su ejercicio su redacción puede ser objeto de controversia.

Segunda: No se limita la legitimación de aquellos que pueden acceder a este derecho. Teniendo en cuenta la ratio normativa remontándonos a los antecedentes de la norma, bajo mi punto de vista se debe limitar el derecho de retracto a aquellos que cuenten con las condiciones para ser la parte débil de la operación.

Tercera: A la hora de determinar el concepto de crédito resulta más adecuado adoptar la postura amplia en la cual la palabra crédito engloba tanto a los créditos como al resto de derechos cedidos.

Cuarta: La cesión del crédito puede realizarse de forma individualizada o de forma global. Aunque es el propio artículo 1535 CC es el que indica que únicamente será posible el retracto cuando la venta se realice de forma individual cabe pensar que es posible la aplicación de la figura cuando se pueda llevar a cabo una individualización de cada crédito.

Quinta: En la práctica, para que sea posible el retracto, debe existir una declaración judicial sobre ello, interponiendo el deudor un nuevo proceso en el que se declare su derecho. Sin embargo, un estudio concreto de la cuestión podría permitir su petición dentro del proceso ya existente. A través de la reconocimiento automático del derecho una vez cumplidos sus requisitos.

Sexta: El *dies a quo* del plazo de nueve días que introduce el artículo 1535 CC para el ejercicio del retracto puede empezar en diferentes momentos dependiendo cómo se inicie el proceso. Si este ha sido iniciado por el cedente, el plazo empieza el día en el que el cesionario se persone en el proceso solicitando la sucesión procesal. Si el proceso empieza de otra manera, desde el día que el deudor tenga conocimiento pleno de la cesión.

Séptima: Un estudio más exhaustivo podría permitir la posibilidad del ejercicio del retracto en los procesos de ejecución fundada en títulos extrajudiciales. Al ser posible formular una oposición

de fondo y por tanto discutir la existencia o exigibilidad del crédito, se abre la opción al derecho de retracto en este tipo de procesos.

En definitiva, la figura del retracto del crédito litigioso debe ser estudiada de forma mucho más extensa debido a la problemática que esta genera. El desconocimiento de la figura puede llevar a los tribunales a negar este derecho, ya sea por el incumplimiento de unos requisitos poco nítidos o por rechazar su ejercicio en determinados tipos de procesos. Una correcta redacción de la figura o una regulación más extensa clarificaría su aplicación favoreciendo además la verdadera razón del retracto del crédito litigioso, el altruismo y humanidad hacia el deudor frente a los especuladores de créditos.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SENÉS MONTILLA, C., «Implicaciones procesales del derecho del deudor a extinguir el crédito litigioso objeto de cesión», en *Revista General de Derecho Procesal*, n. 40, 2016.

ALBALADEJO, M. «Derecho Civil. Derecho de obligaciones», vol.2, 13º ed., Edisofer, Madrid, 2008, pág. 539.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. et al, *Teoría general de la Obligación y el Contrato*, vol.1, 5º ed., Edisofer, Madrid, 2018.

ROMERO GARCÍA-MORA, G. «Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraible», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4/2010, 2010.

MARSAL GUILLAMET, J. «Comentario a la Sentencia de 31 de octubre de 2008», en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 81/2009, 2009

DE CASTRO Y BRAVO, F. «Cesión de crédito litigioso: Aplicación del Artículo 1535 del Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1953,

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Cometa S.A., Zaragoza, 1974.

MOYA FERNÁNDEZ, A.; PÉREZ-PUJAZÓN, E. y TRIGO SIERRA, E., «Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto del crédito litigioso y titulización», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 44/2016, 2016.

DÍAZ MORENO, A. «Comentario a la Sentencia de 1 de abril de 2015 (RJ 2015,1175)», en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 100, 2016.

GÓMEZ ORBANEJA, E., «Derecho Procesal Civil», *Artes Gráficas y Ediciones*, Madrid, 1979.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «*La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales*», *La Ley*, 2019.

SENÉS MONTILLA, C., «*Tratamiento procesal de la cesión del crédito litigioso en el proceso de ejecución*», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, 2017.

CARRASCO PERERA A., «*Sobre la problemática cesión y “retracto” de créditos litigiosos*», en *Gómez-Acebo & Pombo*, 2017.

VII. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo 5693/2008, Sala de lo Civil, Sección 1º, de 31 de octubre de 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo 728/2020, Sala de lo Civil, Sección 1º, de 5 de marzo de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo 690/1969, Sala de lo Civil, Sección 1º, de 16 de diciembre de 1969.

Sentencia del Tribunal Supremo 1420/2015, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 1 de abril de 2015.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 98/2011, Sección 19, de 2 de marzo de 2011.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 11567/2002, Sección 9, de 7 de octubre de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 461/2013, Sección 12, de 26 de junio de 2014.

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2017.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 888/2018, Sección 17, de 12 de diciembre de 2018.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 1961/2015, Sección 12, de 18 de febrero de 2015.

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 5 de julio de 2016.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 7 de agosto de 2018 (Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17).