

© Copyright 2020, vLex. All Rights Reserved.
Copy for personal use only. Distribution or reproduction is not allowed.

Comentarios a la sentencia de TS de 5 de marzo de 2020 sobre el derecho de retracto litigioso del artículo 1535 del CC

Revista de Derecho vLex - Nbr. 190, March 2020

Author: Jesus M^a Sánchez García

Position: Abogado

Id. vLex VLEX-842397503

Link: <https://2019.vlex.com/#vid/comentarios-sentencia-ts-5-842397503>

Text

Content

El TS ha dictado la [sentencia de 5 de marzo de 2020](#),¹ sobre el derecho de retracto de un crédito litigioso regulado en el [artículo 1535](#) del [Código Civil](#) (en adelante CC).

En los últimos años he publicado varios artículos analizando el [artículo 1535](#) del [Código Civil](#),² y poco a poco he podido ir comprobando como el TS ha ido inclinándose por una interpretación restrictiva en la interpretación del [artículo 1535](#) del [CC](#).

Como consecuencia de la crisis económica, para sanear los balances de algunas entidades bancarias, se procedió a la venta de carteras de créditos impagados a fondos de inversión, en el que el deudor no es parte en el negocio jurídico de la cesión de carteras de crédito, lo que provocó que, en muchos supuestos, los deudores acudieran a la figura jurídica del [artículo 1535](#) del [CC](#) para ejercitar el derecho de recompra del crédito cedido.

El [artículo 1535](#) del [CC](#) está regulado en el Capítulo VII sobre la transmisión de créditos y demás derechos incorporales, dentro del Título IV del CC, que regula el contrato de compraventa.

En nuestro País el CC no es el único texto legal que contempla la posibilidad de que el deudor pueda recomprar su crédito al cesionario.

La Ley 511 de la [Ley 1/1973, de 1 de marzo](#), por la que se aprueba la [Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra](#), modificado por la

[Ley Foral 21/2019, de 4 de abril](#), dentro del Capítulo V, de la cesión de las obligaciones, dispone que:

"Cesión de créditos. El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor; pero, cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que este pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito.

Sin perjuicio de las formalidades requeridas en la legislación hipotecaria, el cedente deberá notificar al deudor de forma fehaciente la cesión, con indicación expresa e individualizada de la identidad y domicilio del cesionario y del precio abonado por su crédito.

El deudor podrá ejercitar su derecho mediante la acción o excepción que corresponda en el proceso declarativo, así como formulando oposición por pluspetición en el procedimiento ejecutivo de que se trate.

Si la cesión tuviera lugar una vez iniciado el procedimiento de ejecución, el órgano judicial requerirá al cedente para que manifieste el precio de la cesión a fin de que el deudor pueda ejercitar su derecho en el plazo que se le establezca".

No obstante, el Gobierno ha promovido el Recurso de inconstitucionalidad n.º 315-2020, contra el [artículo 2](#) de la [Ley Foral 21/2019, de 4 de abril](#), de modificación y actualización de la [Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra](#) o Fuero Nuevo, siendo objeto de recurso el artículo 511 modificado, admitido a trámite por el TC mediante [Providencia de 28 de enero de 2020](#)

La [sentencia de la Sala 1ª del de 31 de octubre de 2008](#), se dictó con la pretensión de fijar doctrina jurisprudencial sobre la figura jurídica del "retracto de créditos litigiosos", pero lo cierto es que durante estos últimos años ha existido una abundante doctrina jurisprudencial contradictoria de nuestras Audiencias Provinciales, a la hora de interpretar el concepto y extensión temporal del [artículo 1535](#) del [CC](#), siendo, incluso, planteadas dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE, una del Juzgado de 1ª Instancia número 11 de Vigo y otra del Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona.

Derivada de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Vigo, el TJUE dictó Auto de 5 de julio de 2016, asunto C-7/16,³ resolviendo que "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".

Como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona, el [TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17](#), resolvió en la misma línea que el Auto de 5 de julio de 2016 (apartado 45), en el sentido de que:

"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".

El TS en estos últimos años ha venido fijando criterios claros, tanto procesales, como sustantivos, sobre el concepto y aplicación del [artículo 1535](#) del [CC](#) (así Auto de 18 de enero de 2017 -[Roj: ATS 233/2017](#)- en materia de competencia territorial; Auto de 18 de mayo de 2016 -[Roj: ATS 5513/2016](#)-, respecto de unas diligencias preliminares de exhibición de documentación bancaria; Autos de 17 de febrero de 2016 -[Roj: ATS 1302/2016](#)- y de 10 de mayo de 2017- [Roj: ATS 4273/2017](#)-, en relación a la sucesión procesal y Auto de 1 de junio de 2016, -[Roj: ATS 4997/2016](#)-, respecto de la adquisición de una unidad productiva o económica y no la cesión de un crédito concreto).

Igualmente el [TS en su sentencia de 4 de febrero de 2016](#),⁴ se pronunció sobre los requisitos de la cesión de un crédito y en la sentencia de 1 de abril de 2015,⁵ resolvió la cuestión derivada del retracto regulado en el [artículo 1535](#) del [CC](#), cuando éste conjuntamente con otros créditos litigiosos o no, han sido objeto de un traspaso en bloque por sucesión universal a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conforma una unidad económica, resolviendo que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada.

Igualmente en su sentencia de 13 de septiembre de 2019,⁶ de la que fue Magistrado D. Pedro José Vela, analiza el concepto y extensión temporal del crédito litigioso, para ejercitar el derecho de recompra regulado en el [artículo 1535](#) del [CC](#).

El TS en la citada sentencia de 13 de septiembre de 2019, con apoyo en la sentencia número 690/1969, de 16 de diciembre, nos recuerda que el TS 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".

En el fundamento de derecho tercero de la sentencia de 13 de septiembre de 2019, el TS nos aclara que, conforme al [artículo 1535 CC](#), el día inicial desde el que puede considerarse que un crédito es litigioso es desde que se conteste a la demanda o haya precluido el plazo de contestación (como se deduce de la [sentencia del TS número 976/2008](#)), pero no el final,

situándolo la sentencia del TS número 690/1969, de 16 de diciembre en la firmeza de la sentencia o resolución judicial, al declarar que: "una vez determinada por sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlos efectivos y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya, del sujeto pasivo; es decir, 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".

Con apoyo en la sentencia del TS número 149/1991, de 28 de febrero, nos recuerda que "la estructura del "crédito litigioso" presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y [...] un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación".

Y a través del apartado 4 del fundamento de derecho tercero de la sentencia comentada, concluye que conforme a dicha jurisprudencia, el crédito sobre el que versa el recurso de casación 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. Dándose, incluso, en ese caso, el plus de que en la ejecución de dicha sentencia tampoco había contienda 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.

Ahora el TS en la sentencia que comento de 5 de marzo de 2020 analiza la cuestión que estaba pendiente de resolver, sobre si puede ejercitarse el derecho de recompra del [artículo 1535 del CC](#) cuando nos encontremos ante la transmisión en bloque de los créditos a un fondo de inversión, interpretando el TS, en mi opinión, erróneamente, de forma restrictiva el [artículo 1535 del CC](#) y rechazando la posibilidad de que se pueda ejercitar el derecho de recompra en dichos supuestos.

El TS en el punto 5º del fundamento de derecho tercero de la sentencia de 5 de marzo de 2020 resuelve que:

"5.º Con independencia de las reservas antes apuntadas sobre una asimilación completa de la facultad de extinción del crédito cedido en las condiciones fijadas por el [art. 1.535 CC](#) a los derechos de retracto legal ([art. 1.521 CC](#)) no puede desconocerse, como se ha señalado, su estrecha proximidad institucional a esta figura contractual, incluyendo su virtualidad limitativa de la libre transmisibilidad de los bienes o derechos afectados en cada caso para su titular. Y en tal sentido hay que recordar el carácter restrictivo a que se sujeta por tal razón su interpretación. Así lo ha afirmado también reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, v.gr. en la reciente Resolución de 25 de julio de 2019, que haciéndose eco de la doctrina científica y de la jurisprudencia de esta Sala afirma:

"Los tanteos y retractos legales, como ha señalado la doctrina científica, son limitativos del derecho de dominio en tanto condicionan la facultad de libre disposición del titular dominical de la cosa, pues si bien mantiene la libertad de enajenarla o no y de fijar las condiciones concretas de la transmisión, tal facultad se ve restringida en cuanto a la determinación de la persona del

adquirente por la exigencia de enajenarla precisamente al titular del derecho de retracto, quien ostenta una preferencia legal frente a terceros adquirentes. Por ello los tanteos y retractos legales son derechos taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos con fundamento en el interés social, existiendo desde antiguo una jurisprudencia que se inclina a favor de su interpretación restrictiva (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre 1921, 9 de julio de 1958 y 3 de julio de 1959) -si bien más recientemente, la Sentencia número 450/2012, de 11 de junio, en relación con los tanteos y retractos arrendaticios ha defendido un criterio de interpretación estricto, y no restrictivo más allá de la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales exigibles para su realización-, y en todo caso sometidos a unos estrictos requisitos no solo sustantivos sino también de ejercicio procesal, tanto en cuanto al plazo (cfr. [artículo 1524](#) del [Código Civil](#)) como al procedimiento ([artículo 266.2.º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#)).

El contexto socio-económico del momento histórico en que se originó la especial facultad extintiva del deudor respecto de los créditos cedidos de que trae causa del [art. 1.535 CC](#), que hunde sus raíces en el Derecho Romano, es muy distinto del propio de nuestros tiempos y, en particular, de la situación surgida tras la reciente crisis económica y financiera de los últimos años.

3.2. En relación con lo anterior hay que recordar el fundamento del origen histórico del "retracto anastasio", basado en "razones de humanidad y de benevolencia (tam humanitatis quam benevolentiae plena)", y en prevención y evitación de abusos de los especuladores de pleitos.

En este sentido, como señaló la [sentencia de esta sala núm. 165/2015, de 1 abril](#), la operación objeto del pleito entonces resuelto (cesión en bloque por sucesión universal de diversos créditos litigiosos a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conformaba una unidad económica, al amparo del [art. 71](#) de la [ley 3/2009, de 3 de abril](#)), no es ocioso precisar que la operación descrita se proyecta en el marco regulatorio de un intenso proceso de reestructuración y reforzamiento de los recursos propios del sistema financiero de este país, sumido en una profunda crisis, preferentemente de las tradicionales cajas de ahorro".

Situación que dio lugar a la regulación especial integrada, en lo que aquí interesa, por el [Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio](#), primero, por el que se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y, posteriormente, el [Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio](#), de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro, que introducen nuevos procesos de integración como el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de un banco, lo que dio lugar a las correspondientes operaciones societarias de segregación de activos y pasivos, y permitió la recapitalización de las entidades a través de la creación de sociedades anónimas bancarias a las que las cajas de ahorro transfirieron su actividad de naturaleza financiera (activos y pasivos).

En este mismo contexto hay que situar la figura de las cesiones de carteras o conjuntos de créditos (hipotecarios o de consumo, a consumidores o empresas) por parte de diversas entidades de crédito a terceras entidades - con frecuencia fondos de inversión extranjeros - de baja calificación crediticia (en situación de impago o riesgo de impago, en fase de ejecución judicial o no), que responden, como ha señalado la doctrina especializada, a la necesidad de "limpiar balances" a fin de ajustar el valor de los activos (crediticios en este caso) al valor real.

Con ello se persigue un triple objetivo: mejorar el ratio financiero y de morosidad de la entidad, mejorar la liquidez con la entrada de los ingresos procedentes de la venta de la cartera y reducir las provisiones y costes de gestión de estos activos. Finalidades distintas de las contempladas en la ratio de la norma interpretada y, por el contrario, concomitante con la finalidad a que respondía el [art. 36.4,b](#)) de la [Ley 9/2012, de 14 de noviembre](#), de reestructuración y resolución de entidades de crédito, cuando excluye la aplicación del [art. 1535 CC](#) en el caso de cesión de créditos litigiosos a la sociedad de gestión de activos.

3.3. Por último, no puede dejar de mencionarse el hecho de que junto con el favor debitoris, un objetivo esencial del [art. 1.535 CC](#) en su concepción originaria era la de "cortar pleitos". Por ello, la tipología del supuesto de hecho de la norma, como señala mayoritariamente la doctrina, parte de vincular al acreedor/demandante con la figura del retrayente, como criterio general o supuesto tipo. Resultaría contrario a la citada ratio del precepto (que, como se ha dicho, reconoce la facultad de extinción del crédito cedido mediante el reembolso del precio de la cesión sólo en caso de cesión de crédito litigioso, y no de cualquier otro que no lo sea, aun cuando se encuentre en situación de impago) atribuir a todo deudor dicha facultad por medio del expediente de presentar una demanda contra el acreedor, con independencia de la existencia o carencia de fundamento para ello, y de su estimación o desestimación futura, pues con ello se consigue un estímulo para el litigio y no para su terminación, en oposición frontal a la finalidad del precepto".

Así, pues, lamentablemente el TS zanja definitivamente la cuestión, rechazando la posibilidad de poder ejercitar el derecho de retracto litigioso cuando estemos ante supuestos de cesión de carteras de crédito a un fondo de inversión.

Pero no es la única novedad de la sentencia, ya que, incluso, para mayor sorpresa, interpreta que tampoco se puede ejercitar el derecho de retracto cuando exista un procedimiento entre prestamista y prestatario discutiendo la validez de una cláusula suelo, resolviendo en el fundamento de derecho quinto que:

"A la luz de las anteriores consideraciones debemos ratificar el concepto de crédito litigioso que ha venido ofreciendo reiteradamente la jurisprudencia de esta sala desde la clásica sentencia de 14 de febrero de 1.903, pasando por las más recientes sentencias 690/1969, de 16 de diciembre, 976/2008, de 31 de octubre, 165/2015, de 1 de abril, hasta llegar a la sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, considerar como tal "crédito litigioso" aquél que "habiéndose reclamado judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible [...]". O dicho en otros términos: son créditos litigiosos "aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1.903 y 8 de abril de 1.904), 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 LEC](#))" - cfr. 976/2008, de 31 de octubre -.

Por tanto, aplicando la interpretación asumida por dicha doctrina jurisprudencial, la posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el [art. 1.535 CC](#) afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (vid. sentencia 463/2019, de 11 de septiembre).

No es lo que sucede en el presente caso en que lo debatido en el litigio proyectado sobre el crédito cedido se refiere a una cláusula de limitación de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado (cláusula suelo), cuya eventual nulidad no afecta a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de las obligaciones derivadas del préstamo (devolución de capital conforme al régimen de amortización pactado y pago de los intereses remuneratorios calculados sin la citada limitación).

A ello se une, como factor no determinante pero sí coadyuvante, el hecho de que el promotor de la acción judicial fue el deudor cedido frente a la entidad cedente, acción cuyo objeto es la restitución de las cantidades cobradas indebidamente por la entidad cedente (Bankia) en aplicación de la cláusula suelo debatida, así como la declaración de nulidad de la misma estipulación, sin que, por otra parte, conste la subrogación procesal pasiva en dicho pleito del fondo cesionario (Burlington Loan Management Ltd). Situación que, como antes se dijo, no se corresponde con la tipología general del supuesto de hecho subsumido en el ámbito del [art. 1.535 CC](#)".

Personalmente no solo no comparto la fundamentación jurídica de la sentencia, sino que tampoco la "entiendo".

Sigo opinando, como ya apunté en mi artículo "Breves comentarios a la cesión de créditos y la cláusula rebus sic stantibus", publicado en la Revista de Derecho vLex, número 159 de agosto de 2017, que la mejor opción para ejercitar el derecho de recompra es acudir a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, con la novedosa doctrina jurisprudencial del TS, abierta y moderna a los tiempos actuales, que se inicia con las sentencias de 30 de junio de 2014, [7](#), 15 de octubre de 2014, [8](#) y 24 de junio de 2015, [9](#) cuando el Sr. Xiol presidía la Sala 1ª del TS, siendo ponente de esa nueva corriente jurisprudencial el Magistrado Sr. Javier Orduña.

[\[1\] Roj: STS 728/2020](#)

[\[2\]](#) Ver más ampliamente los artículos publicados por Jesús Sánchez García: "Mecanismos para ejercitar el derecho de recompra de un crédito litigioso: cuestiones de índole práctica". Revista de Derecho vLex - Núm. 11, Noviembre 2003"; "De nuevo sobre la cesión de los créditos litigiosos". Revista de Derecho vLex - Núm. 142, Marzo 2016; "Breves comentarios a la cesión de créditos y la cláusula rebus sic stantibus". Revista de Derecho vLex - Núm. 159, Agosto 2017; "comentarios al artículo 569,28.2 del Código Civil de Cataluña sobre la cesión de créditos hipotecarios. Revista de Derecho vLex, Núm. 165, febrero de 2018 y "Comentarios a la sentencia de la Sala 1ª del TS de 13 de septiembre de 2019 sobre el concepto y extensión temporal del crédito litigioso". Publicado en el Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE el 2/10/2019

[\[3\] ECLI:EU:C:2016:523](#)

[\[4\] Roj: STS 332/ 2016](#)

[\[5\] Roj: STS 1420/2015](#)

[\[6\] Roj: STS 2811/2019](#)

[\[7\] Roj: STS 2823/2014](#)

[\[8\] Roj: STS 5090/2014](#)

[\[9\] Roj: STS 1698/2015](#)