

Sobre el retracto de créditos litigiosos en las cesiones globales

Ángel Carrasco Perera

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Si se reparase en la ratio del artículo 1535 y su proyección en las cesiones globales de carteras de créditos (normalmente distressed), se comprendería que no puede caber en estos casos, en ninguna hipótesis, el ejercicio del derecho de redención que se contiene en aquel precepto.

1. La ratio del precepto

Según la *Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre del 2008*, la «ratio» del artículo 1535 del Código Civil (conocido como *retracto de crédito litigioso*) tiene como antecedentes el Derecho romano y, concretamente, la ley anastasiana (*Anastasio a Eustatio*, Ley 22, título XXXV, libro 4.º, del Código del *Corpus Iuris Civilis*) justificada por Justiniano (Ley 23) por razones de humanidad y de benevolencia (*tam humanitatis quam benevolentiae plena*) y que se resume (Ley 24; Epítome tomado de las *Basílicas*) en que «el que dio cantidades para que se le cediesen acciones no consiga de las acciones cedidas nada más que lo que por ellas hubiera dado».

Conforme a la Sentencia núm. 404/2006, de 19 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.^a, muchas veces el titular del crédito litigioso no tiene recursos para

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

arrostrar los gastos y azares del pleito que viene siguiendo para obtener la declaración jurídica de su existencia, opta por cederlo a un *potentior* que, guiado por el ánimo de la especulación, lo adquiere para lucrarse y persigue más despiadadamente al deudor; de ahí que tales cesiones de créditos hayan sido tratadas por los legisladores con cierta prevención, permitiendo a los vendidos liberarse del crédito mediante el reembolso al cesionario del precio real de la cesión y de los demás gastos legítimos que hubiese realizado.

2. La reducción teleológica del alcance de la norma

Con las explicaciones dadas por las resoluciones que arriba se citan, la cosa tiene poca lógica. Si el sujeto al que procede defender es al cedente —que acaso tenga un buen crédito, pero no dinero para litigar—, no se explica que la ganancia del «retracto» se la lleve el deudor cedido, sobre el cual no se ha especulado. El crédito es *distressed* por hecho imputable al deudor, como lo es todo *non performing loan*, por lo que no se presentaría la ratio de la ley anastasiana.

Tampoco tiene lógica por la parte del deudor cedido. El deudor cedido puede hallarse en una de estas dos tesituras: Primera, el crédito contra él es un buen crédito, aunque el deudor no haya pagado. ¿Por qué entonces hay que favorecerlo con un derecho de redención a la baja? Segunda, el crédito contra el deudor es un mal crédito y el especulador está dispuesto a litigarlo. Pero en este caso tampoco hay que conceder al deudor un derecho de redención a la baja porque, si se opone directamente a la reclamación, seguramente triunfaría. *Tertium non datur*. Observemos que la regla, bien perversa, del artículo 1535 del Código Civil crea incentivos adversos porque llama al «privilegio de redención» a los peores deudores: aquellos que indudablemente deben, pero que se enrocan en el no pago esperando que caiga una cesión en favor de un tercero y poder *especular* a costa de este cesionario.

En cualquier caso, parece que el elemento de «especulación» por parte del cesionario es una parte de la ratio de la norma y que, cuando no se dé, será preciso proponer una reducción teleológica. Si tal es el caso —y como ejemplo—, la titulización de un crédito mediante la creación y cesión de participaciones hipotecarias (Ley 5/2015, arts. 15, 16 y disp. adic. 4.^ª) no es una cesión del artículo 1535 del Código Civil.

3. Las cesiones globales de créditos

En la jurisprudencia de instancia e intermedia hay resoluciones de todo tipo sobre si el deudor de un crédito cedido dentro de una cartera puede retraer singularmente su deuda pagando al cesionario el precio que éste pagó por el crédito o la fracción que correspondería a su crédito cedido en el precio único de la cartera. La Audiencia Provincial de Madrid sostiene hoy con insistencia que no es posible el «retracto singular» del artículo 1535 del Código Civil. La *Sentencia núm. 165/2015, de 1 abril, del Tribunal Supremo* sostuvo que no cabe cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal y no de forma individualizada, en una operación de segregación al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las

Sociedades Mercantiles. Pero no hay acuerdo entre los prácticos y los tribunales sobre si esta regla expresa un principio general aplicable más allá de su supuesto de hecho. La *Sentencia núm. 206/2018, de 24 de mayo, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª)* ha decidido que la cesión de una cartera de créditos *distressed* de una entidad de crédito no excluye el retracto si se ha asignado (o parece que se ha asignado) un precio individualizado a cada crédito. Con todo, de ser consecuente con la doctrina de la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2019, de 11 de enero (Caixabank)*, no podría existir en puridad derecho de redención del artículo 1535 del Código Civil en una cesión de «negocio bancario» en globo, como una realidad *distinta* de la cesión de una suma de créditos.

En mi opinión, el retracto o la redención del artículo 1535 del Código Civil no procede en ningún caso:

- 1) No puede defenderse la procedencia del retracto del artículo 1535 en supuestos de *cesión global por precio único* cuando en la cartera cedida existen uno o varios créditos litigiosos sin que pueda procederse al prorrateo del precio global. Ésta es la doctrina constante de la Audiencia Provincial de Madrid y a ella hay que atenerse por las razones siguientes:
 - a) Los créditos bancarios —posteriormente cedidos— no son líquidos, a diferencia de los créditos incorporados a un bono o del crédito incorporado en efectos comerciales, entre otras cosas, porque el porcentaje de falencia es una cifra no negligible y esto causa una profunda asimetría informativa entre las partes de la cesión.
 - b) Pagando el precio «fraccional» no se está restaurando al acreedor en todos los costes sufridos por la adquisición porque el coste de empaquetar los créditos y determinar su precio unitario es un coste real que el retrayente por el precio fraccionado no estaría soportando.
 - c) Porque no es cierto que exista un precio fraccional. El cesionario, que sufre con el cedente una grave asimetría informativa, no sabe cuánto vale realmente cada crédito y acepta que algunos resulten fallidos, lo que compensará con que otros resulten cobrables. La diferencia entre el precio de adquisición y el nominal del crédito es la «prima» que el cesionario, como «asegurador», está recibiendo por garantizar la fracción —desconocida aún— de los créditos que serán totalmente fallidos. El deudor cedido que quiere retraer por el precio de adquisición, en cambio, no está pagando al adquirente la prima necesaria para que éste decida absorber a su costa los créditos no cobrables: sería absurdo pagarle una prima de riesgo, pues el deudor cedido sabe perfectamente cuál es su riesgo de impago.
 - d) El deudor cedido tendría que sumar un coste nuevo no especificado en el artículo 1535 del Código Civil, pues lo justo es que el deudor pueda acceder a esa «rebaja» sólo cuando haya pagado lo mismo que el cesionario para procurársela. Este coste suplementario que debería asumir el deudor cedido sería el coste fraccional del coste total de construir una

acción colectiva en la que todos los deudores de la cartera cedida estuvieran concertados y dispuestos a retraer por el precio de adquisición. Sólo así quedaría el cesionario enteramente desinteresado de su coste de adquisición. Ahora bien, a poco que se piense, se comprende que el coste al que hacemos referencia es inmensurable y, merced a las estrategias oportunistas de toda acción colectiva, mucho más caro que el coste que supondría para el cesionario individual.

- e) Se produciría, de admitirse en retracto en estos casos, un supuesto de «selección adversa», creando una mejora crediticia de la que se acabarían aprovechando únicamente los malos pagadores. Los deudores tendrían incentivos para extremar la situación de mora continuada, incluso para colusionar entre ellos a fin de que la morosidad se extendiera, dando lugar de esta forma a una masa de *non performing loans* (NPL) que, gravando el pasivo de la entidad financiera, exigiría su venta en saldo para acometer un saneamiento. Es, por ejemplo, la situación de los bancos italianos, con enormes cantidades de *non performing loans* que en parte han sido generados por las conductas estratégicas de deudores individuales o comerciales que conocen las ventajas de aprovecharse de la ineficiencia del sistema judicial nacional para el recobro de créditos.
- 2) No procede la redención o retracto en la cesión global, aunque exista un precio singularizado por cada crédito (caso, por cierto, extraño). Para retraer parcialmente sería preciso que, *además*, la cesión total fuera equivalente a la suma del nominal de todos los créditos.

La identificación de los créditos de la cartera, con la descripción de su importe nominal, no hace que estos créditos sean objeto de la venta como singulares.