



Roj: **STS 728/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:728**

Id Cendoj: **28079110012020100142**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2020**

Nº de Recurso: **2493/2017**

Nº de Resolución: **151/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 151/2020

Fecha de sentencia: 05/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2493/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2493/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 151/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 5 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación respecto de la sentencia 171/2017, de 25 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial



de Girona, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 569/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Blanes, sobre acción de retracto de créditos litigiosos cedidos.

Es parte recurrente Burlington Loan Management LTD, representado por la procuradora D.ª Mercedes Caro Bonilla y bajo la dirección letrada de D. Borja Fernández De Troconiz.

Es parte recurrente-recorrida Hotel Blanco Don Juan S.L., representado por la procuradora D.ª M.ª Luisa Noya Otero y bajo la dirección letrada de D. Jordi Muñoz-Sabaté i Carretero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Fernando Janssen Casas, en nombre y representación de Hotel Blanco Don Juan S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa D'Estalvis Laietana, hoy Bankia, S.A. y contra la entidad Burlington Loan Management LTD, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] con los siguientes pronunciamientos:

"a) Que Hotel Blanco Don Juan S.L. en virtud de lo dispuesto en el art. 1.535 del Código Civil, tiene un derecho de retracto sobre los siguientes créditos litigiosos.

"1) **Préstamo** hipotecario de primer rango (el "**Préstamo** hipotecario de Primer Rango"), otorgado por Caixa D'Estalvis Laietana (actualmente Bankia) a Hotel Blanco Don Juan S.L., el día 11 de julio de 2005 ante la Notaria de Lleida, Doña Concepción de los Reyes Arias Gallego, y sus novaciones producidas:

"(i) Mediante escritura pública el día 30 de junio de 2009 ante la Notaria de Lleida, Doña Concepción de los Reyes Arias Gallego, con el número de protocolo 1.570.

"(ii) Mediante escritura pública el día 3 de mayo de 2011 ante la Notaria de Lleida, Doña Concepción de los Reyes Arias Gallego, con el número de protocolo 951.

"2) **Préstamo** hipotecario de segundo rango (el "**Préstamo** Hipotecario de Segundo Rango"), otorgado por Caixa D'Estalvis Laietana (actualmente Bankia) a Hotel Blanco Don Juan S.L., el día 21 de febrero de 2006 ante el Notario de Lloret de Mar, don Juan Ignassi Sorigué Abel con número de protocolo 361 y sus novaciones producidas:

"(i) Mediante escritura pública el día 6 de mayo de 2010 ante la Notaria de Lleida, Doña Concepción de los Reyes Arias Gallego, con número de protocolo 935.

"3) **Préstamo** hipotecario de primer rango (el "**Préstamo** Hipotecario de Primer Rango"), otorgado por Caixa D'Estalvis Laietana (actualmente Bankia) a Hotel Don Juan de Tossa de Mar S.L., siendo el hipotecante no deudor Don Juan Rojo, S.A., el día 20 de agosto de 2001 ante la Notaria de Lloret de Mar, Doña María José Brevia Gomis, con número de protocolo 1.694 y su novación mediante escritura pública el día 1 de diciembre de 2009 ante la Notaria de Lloret de Mar, Doña María José Brevia Gomis, con número de protocolo 2.913.

"4) **Préstamo** hipotecario de segundo rango (el "**Préstamo** Hipotecario de Segundo Rango"), otorgado por Caixa D'Estalvis Laietana (actualmente Bankia) a Hotel Don Juan de Tossa de Mar S.L., el día 30 de abril de 2004 ante el Notario de Lloret de Mar, Don Joan Ignassi Sorigué Abel, con número de protocolo 783 el cual fue novado mediante escritura pública el día 1 de diciembre de 2009 ante la Notaria de Lloret de Mar, Doña Concepción de los Reyes Arias Gallego, con número de protocolo 2.914.

"b) Que en atención a dicho derecho, se declaren extinguidos los anteriores créditos previa consignación por mi representada del precio y sus intereses desde el día en que fue satisfecho a fijar en sentencia una vez queden determinados en periodo de prueba, o, si no hubiese sido posible su determinación previa, a liquidar en fase de ejecución de sentencia en la que habrán de establecerse las bases para su cálculo.

"c) Se condene a las codemandadas a estar y pasar por la anterior declaración, así como a otorgar cuantos documentos públicos y privados sean convenientes y necesarios en orden al ejercicio efectivo del derecho de retracto.

"d) La imposición de costas a Burlington Loan Management LTD/Hipoges Iberia S/L si se opusiere a la demanda".



2.- La demanda fue presentada el 28 de septiembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Blanes, fue registrada con el n.º 569/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Fidel Sánchez García, en representación de Burlington Loan Management LTD, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- El procurador D. Carlos Sobrino Cortes, en nombre y representación de Bankia S.A., contestó a la demanda y planteó la excepción de falta de legitimación pasiva de su representada, la desestimación de la demanda, la estimación de la falta de legitimación pasiva de su representada y la expresa condena en costas a la parte actora

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Blanes dictó sentencia 68/2016, de 27 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando totalmente la demanda interpuesta a instancia de Hotel Blanco Don Juan, S.L., representado por el procurador Sr. Janssen Cases, contra la entidad Bankia, S.A. debo absolver y absuelvo a la entidad Bankia S.A. de las pretensiones deducidas contra ella, imponiendo las costas causadas a esta parte a la parte actora.

"Que estimando la demanda formulada a instancia de Hotel Blanco Don Juan S.L., representado por el procurador Sr. Janssen Cases, contra Burlington Loan Managment LTD, declaro litigiosos los créditos cedidos a Burlington Loan Managment LTD en virtud de Escritura pública de cesión de posiciones contractuales suscrita ante el notario D. Antonio Pérez Coca Crespo, con n.º de protocolo 2694, en virtud de la cual Bankia cedía a Burlington Loan Managment LTD los **préstamos** hipotecarios que tenía a su favor y contra la demandante y que son los siguientes: a) **préstamo** hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan, S.L. el día 11 de julio de 2005 ante la Notaria de Lleida D.ª Concepción de los Reyes Arias Gallego y sus novaciones producidas mediante Escritura Pública el día 30 de junio de 2009 ante la Notaria de Lleida D.ª Concepción de los Reyes Arias Gallego, con n.º de protocolo 1.570 y mediante Escritura Pública el día 3 de mayo de 2011 ante la Notaria de Lleida D.ª Concepción de los Reyes Arias Gallego, con n.º de protocolo 950; b) **préstamo** hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan S.L. el día 21 de febrero de 2006 ante el Notario de Lloret de Mar D. Juan Ignassi Sorigué Abel con n.º de protocolo 361 y sus novaciones producidas mediante Escritura Pública el día 6 de mayo de 2010 ante la Notaria de Lleida D.ª Concepción de los Reyes Arias Gallego, con n.º de protocolo 935; c) **préstamo** hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan el día 20 de agosto de 2001 ante la Notario de Lloret de Mar D.ª M.ª José Brevia Gomis, con n.º de protocolo 1.694 y su novación producida mediante Escritura Pública el día (sic) de diciembre de 2009 ante la Notaria de Lloret de Mar D.ª M.ª José Brevia Gomis, con n.º de protocolo 2.913; y d) **préstamo** hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan S.L. el día 30 de abril de 2004 ante el Notario de Lloret de mar D. Juan Ignassi Sorigué Abel con n.º de protocolo 783 y su novación producida mediante Escritura Pública el día 1 de diciembre de 2009 ante la Notaria de Lloret de Mar D.ª M.ª José Brevia Gomis, con n.º de protocolo 2.914.

"Se declararán extinguidos los anteriores créditos previa consignación por la parte actora del precio determinado en el informe pericial ampliatorio y/o aclaratorio elaborado por D. Fausto y D. Fernando .

"Las costas del presente procedimiento causadas a la parte actora se imponen a la demandada Burlington Loan Managment LTD".

5.- La anterior sentencia fue rectificada por auto de fecha 28 de septiembre de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

"Procede la rectificación de la sentencia de fecha 27 de junio de 2016 solo en los siguientes extremos:

"Donde dice en el Hecho Tercero de los Antecedentes de Hecho: "Con fecha 16 de diciembre de 2015 se presenta por el Procurador Sr. Capdevila Brophy, en nombre y representación de la mercantil Can Taulina S.L. [...]"

"Debe decir: "Con fecha 16 de diciembre de 2015 se presenta por el Procurador Sr. Fidel Sánchez García, en nombre y representación de Burlington Loan Management Limited [...]"

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Burlington Loan Management Limited y por la representación de Hotel Blanco Don Juan S.L.

2.- La representación de Hotel Blanco Don Juan S.L. se opuso al recurso de apelación interpuesto por Burlington Loan Management LTD.



3.- La representación de Bankia S.A. se opuso al recurso de apelación interpuesto por Hotel Blanco Don Juan S.L.

4.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Girona, que lo tramitó con el número de rollo 783/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 171/2017, de 25 de abril, cuyo fallo dispone:

"Que desestimando, los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de Hotel Blanco Don Juan S.L. y de Burlington Loan Management LTD, ambos contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2016, aclarada por auto de fecha 28 de septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Blanes en el procedimiento ordinario n.º 569/2015, del que dimana el presente rollo de apelación, confirmamos dicha resolución, completando el Fallo de la sentencia con el siguiente pronunciamiento; que la previa consignación deberá de comprender no solo el precio fijado en la sentencia de Instancia, sino también intereses legales desde el pago del precio de la cesión, a fijar en fase de ejecución de sentencia.

"Con imposición de las costas de esta alzada a las partes apelantes, de sus respectivos recursos de apelación".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.^a Carmen Peix Espigul, en representación de Hotel Blanco Don Juan S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Unico.- Amparado en el art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción por vulneración del principio establecido por este Alto Tribunal de *tantum devolutum quantum appellatum*. Vulneración de la Jurisprudencia en relación a este principio, en particular la de fecha 30 de marzo de 2011, y análogas de fecha 12 de mayo de 2006; 1 de diciembre de 2006; 21 de junio del 2007, y por ende también del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incongruencia *extra petita*. Vulneración del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE establecidas en las sentencias de este Alto Tribunal de fecha 17 de abril de 2007; 24 de marzo del 2008; 30 de junio del 2009; y 25 de noviembre del 2010".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Unico.- Amparado en el art. 477.2.3.º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del art. 1535 del Código Civil, en relación al art. 7.2 del Código Civil, vulneración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto en la aplicación de los intereses a que refiere el precepto regulador del retracto de crédito litigioso, como de la teoría del abuso del derecho en la aplicación de la interpretación del mismo precepto. Vulneración de sentencias de este Alto Tribunal de fecha 31 de noviembre del 2008, 31 de octubre de 1988, 8 de junio de 1954 y 30 de mayo de 1955".

2.- El procurador D. Fidel Sánchez García en representación de Burlington Loan Management LTD, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Vulneración del artículo 1535 del Código Civil en relación con la Jurisprudencia que lo desarrolla.

"Segundo.- Vulneración del artículo 1532 del Código Civil en relación con la Jurisprudencia que lo desarrolla.

"Tercero.- Infracción de las normas sobre interpretación de los contratos, así como de la doctrina jurisprudencial que las aplica y desarrolla. En particular, infracción de lo dispuesto en los artículos 1.281 y 1.287 del Código Civil".

3.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 5 de junio de 2019, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

4.- La representación de Hotel Blanco Don Juan S.L. se opuso al recurso de casación interpuesto por Burlington Loan Management LTD.

5.- La representación de Burlington Loan Management LTD se opuso a los recursos interpuestos por Hotel Blanco Don Juan S.L.

6.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de febrero de 2020, en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Para la resolución de los recursos interpuestos hay que partir de los antecedentes relevantes tal y como han sido fijados por la Audiencia:

1.- La entidad actora, entre 2001 y 2006, suscribió con Caixa Laietana, hoy Bankia, diversos **préstamos** hipotecarios, posteriormente novados entre los años 2009 y 2011.

2.- Estos **préstamos** fueron transmitidos por Bankia a la entidad Burlington Loan Management LTD a través de escritura pública de cesión de posiciones contractuales suscrita ante el notario D. Antonio Pérez Coca Crespo, con nº de protocolo 2694 en fecha 3 de junio de 2015. Esta cesión se hizo conjuntamente con otros 87 créditos pertenecientes a Bankia.

3.- El precio total de la cesión conjunta de los 91 créditos fue de 283.229.144,72 euros, según certificación notarial obrante en las actuaciones (si bien inicialmente se había certificado notarialmente como precio global de la cesión la cuantía de 197.086.775,46 euros, posteriormente se fijó como precio de la cesión la referida cuantía de 283.229.144,72 euros).

4.- Los **préstamos** hipotecarios cedidos por Bankia a Burlington Loan objeto del procedimiento fueron los siguientes:

a) **Préstamo** hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan S.L. el día 11 de Julio de 2005 ante la notaria de Lleida D.^a Concepción de los Reyes Arias Gallego, y sus novaciones producidas mediante escritura pública el día 30 de junio de 2009, ante la notaria de Lleida D.^a Concepción de los Reyes Arias Gallego, con nº de protocolo 1.570 y mediante escritura pública el día 3 de mayo de 2011 ante la notaria de Lleida D.^a Concepción de los Reyes Arias Gallego, con nº de protocolo nº 950.

b) **Préstamo** hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan S.L. el día 21 de febrero de 2006 ante el notario de Lloret de Mar D. Juan Ignassi Sorigue Abel con nº de protocolo 361 y su novación producida mediante escritura pública el día 6 de mayo de 2010 ante la notaria de Lleida D.^a Concepción de los Reyes Arias Gallego, con nº de protocolo nº 935.

c) **Préstamo** hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan, S.L., el día 20 de agosto de 2001 ante la notario de Lloret de Mar D.^a M.^a José Brevia Gomis, con nº de protocolo 2913.

d) **Préstamo** hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan S.L. el día 30 de abril de 2004 ante el notario de Lloret de Mar D. Juan Ignassi Sorigue Abel, con nº de protocolo 783 y su novación producida mediante escritura pública el día 1 de diciembre de 2009 ante la notaria de Lloret de Mar D.^a M.^a José Brevia Gomis, con nº de protocolo 2.914.

5.- La entidad actora Hotel Blanco Don Juan, S.L., interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de Girona contra Bankia, S.A. solicitando la nulidad de las cláusulas suelo que habían sido introducidas al novar los créditos hipotecarios suscritos con la entidad Caixa Laietana en los años 2009 y 2010, y la restitución de la cantidad cobrada indebidamente por aplicación de dicha cláusula.

6.- Dicha demanda fue admitida a trámite en fecha 19 de noviembre de 2014, dando lugar al Juicio Ordinario nº 862/2014 (fecha, por tanto, anterior a la cesión de los citados **préstamos** hipotecarios a Burlington Management LTD).

7.- En fecha 3 de junio de 2015 Bankia notificó a la actora la transmisión de los créditos a Burlington Management LTD así como la designación de Hipoges Iberia, S.L. como entidad encargada de la gestión del cobro de los créditos.

8.- Hotel Blanco Don Juan, S.L. interpuso una demanda contra Bankia, S.A. y contra Burlington Loan Management LTD, interesando que se declarase que la actora, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.535 del Código Civil, tiene un derecho de retracto sobre los créditos litigiosos cedidos antes reseñados en que figura como deudora, y que en atención a dicho derecho se declaren extinguidos los citados créditos previa consignación por la demandante del precio y sus intereses desde el día en que fue satisfecho. Interesaba también la condena de las codemandadas a otorgar cuantos documentos públicos y privados sean convenientes y necesarios en orden al ejercicio efectivo del derecho de retracto; y la imposición de las costas a las dos entidades demandadas.

9.- La sentencia de primera instancia (i) desestimó totalmente la demanda contra Bankia, S.A., cedente de los créditos, por falta de legitimación pasiva, imponiendo las costas causadas a esta parte a la actora; y (ii) estimó íntegramente la demanda contra Burlington Loan Management LTD, a la que se impusieron las



costas, por considerar, en síntesis, que concurrían todos los requisitos exigidos por el artículo 1.535 del Código civil, al calificar los cuatro **préstamos** hipotecarios cedidos como créditos litigiosos por haber sido demandada la declaración de nulidad de la cláusula suelo que contienen junto con la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de las mismas; encontrarse dicho pleito pendiente de resolución judicial en el momento en que se formalizó la cesión de los correspondientes créditos; no constituir la cesión una cesión en globo oalzada al ser susceptible de individualización el precio pagado por la cesionaria respecto de cada uno de los **préstamos**, precio que se determinó en el procedimiento mediante un informe pericial. El fallo de la sentencia contenía, además, el siguiente pronunciamiento:

"Se declararán extinguidos los anteriores créditos previa consignación por la parte actora del precio determinado en el informe pericial [...]".

10.- Recurrida la sentencia de primera instancia por Burlington Loan Management Ltd y por Hotel Blanco Don Juan, S.L., la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos de apelación. En cuanto al primero por considerar correctos los argumentos de la sentencia de primera instancia, que confirmó, si bien completando el fallo de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"que la previa consignación deberá de comprender no solo el precio fijado en la sentencia de Instancia, sino también intereses legales desde el pago del precio de la cesión, a fijar en fase de ejecución de sentencia".

En cuanto al recurso presentado por Hotel Blanco Don Juan, S.L. tenía por objeto exclusivamente el pronunciamiento relativo a las costas causadas por la demanda presentada contra Bankia, S.A., que se imponían a la demandante, alegando la existencia de dudas jurídicas sobre su legitimación pasiva. La sentencia desestimó el recurso al considerar que no existen dudas de que en una acción de retracto la legitimación pasiva corresponda exclusivamente a quien adquiere el bien o derecho objeto del retracto.

SEGUNDO.- *Recurso de casación formulado por Burlington Loan Management. Planteamiento y admisibilidad*

1.- *Planteamiento de los tres motivos.*

Los motivos del recurso de casación fueron los siguientes. Primero: vulneración del artículo 1535 del Código Civil en relación con la jurisprudencia que lo desarrolla. Se citan como infringidas las sentencias de esta sala de 16 de diciembre de 1969 y 31 de octubre de 2008. Segundo: vulneración del artículo 1532 del Código Civil en relación con la jurisprudencia que lo desarrolla. Se cita como infringida la sentencia de esta sala de 1 de abril de 2015. Y tercero: infracción de las normas sobre interpretación de los contratos, así como de la doctrina jurisprudencial que las aplica y desarrolla. En particular, infracción de lo dispuesto en los artículos 1.281 y 1.287 del Código Civil.

En el desarrollo de los tres motivos se aduce, en síntesis que: (i) los créditos cedidos por Bankia, S.A. a Burlington Loan Management DAC (nueva denominación de la cesionaria) no son litigiosos, extralimitándose la Audiencia de la consideración restrictiva atribuida por la jurisprudencia al alcance del término "litigioso" que figura en el art. 1.535 CC, pues en los pleitos que tienen por objeto los créditos cedidos no se discuten ni la existencia ni la exigibilidad de los respectivos **préstamos**, ni en aquellos figura la entidad cedente como demandante (sino como demandada); (ii) para el hipotético supuesto de que se considerara que la existencia del procedimiento judicial contra Bankia, S.A. por la restitución de los intereses cobrados por la "cláusula suelo" convierte el crédito principal en litigioso, la enajenación en globo de dicho crédito impide su retracto; y (iii) la interpretación del contrato de cesión de créditos que hace la sentencia recurrida no se compadece ni con su literalidad, ni con los usos y costumbres mercantiles, habida cuenta de que incluso si se considerara que la venta de los activos fue individualizada, el precio que habría que atribuirse a los pretendidos créditos litigiosos tendría que ser el que figura como valor de cada uno en el anexo V del contrato (relativo al saneamiento para el caso de evicción).

Dada la evidente conexidad argumental entre los tres motivos (todos ellos relacionados con la delimitación del supuesto de hecho habilitante y requisitos para el ejercicio de la facultad de extinción de los créditos cedidos conforme al art. 1.535 CC), se considera conveniente no dividir del planteamiento conjunto que representan, analizándolos no obstante por el orden de su formulación al haberse articulado de forma interrelacionada pero "en cascada", en el sentido de que la estimación de cualquiera de ellos (primero y segundo) hace innecesario el estudio de los siguientes (segundo y tercero) por estar condicionados a la desestimación de los anteriores.

2.- *Admisibilidad de los motivos.*

Hotel Blanco Don Juan, S.L. formula algunas objeciones a la admisión del recurso que en ningún caso son absolutas y, esencialmente, están ligadas a la propia resolución de los motivos. No existe ningún defecto relevante en el encabezamiento, en cuanto que queda perfectamente identificada la norma jurídica infringida, ni hay mezcla de cuestiones heterogéneas, como quedará reflejado al resolver el recurso, ni carecen



manifiestamente de fundamento. Los tres motivos están íntimamente relacionados entre sí, con una conexión sustantiva en torno a la interpretación del art. 1.535 CC. No se aprecia una alteración de la base fáctica, pues cuestionar la calificación como litigioso del crédito y la calificación como individual y no global oalzada de la cesión es disentir sobre cuestiones esencialmente jurídicas, sin alterar la base factual del proceso.

El interés casacional ya fue apreciado en la fase de admisión y es innegable, como se constatará a continuación en la propia resolución de los motivos. En cualquier caso, el recurso, junto a la cita de las sentencias que contienen jurisprudencia que se considera vulnerada por la sentencia recurrida, añade un elemento adicional de justificación del interés casacional basado en la escasa jurisprudencia existente sobre el art. 1.535 CC cuya interpretación sigue generando debates y una mayor litigiosidad fruto de una realidad económica y social en la que las entidades financieras españolas están enajenando carteras de créditos a compradores profesionales que adquieren todos los créditos incluidos en la cartera, en muchos casos en situación de mora y de incierto cobro, con una tasa de descuento a cambio de asumir, como parte de su negocio, el riesgo y ventura de su reclamación y recuperación.

TERCERO.- *La interpretación jurisprudencial del art. 1535 del Código civil . Ámbito de aplicación de la norma. Delimitación del supuesto de hecho habilitante. Ratio de la norma.*

1.- *Ámbito temporal y objetivo del pleito sobre el crédito cedido que da origen a la facultad de su extinción mediante el reembolso del precio pagado por la cesión, sus intereses y costas.*

1.1. El art. 1535 del Código civil establece:

"Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

"Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

"El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago".

La sentencia de esta sala 690/1969, 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".

La sentencia 976/2008, de 31 de octubre, declaró que, a efectos del art. 1535 CC, se consideran 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)".

A su vez, la sentencia 165/2015, de 1 de abril, ratificó dicho concepto y declaró 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, tal y como sucede en los casos de segregación previstos en el art. 76 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

En el mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia 464/2019, de 13 de septiembre.

Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial, la cualidad litigiosa del crédito requiere la concurrencia de un doble requisito: uno temporal y otro material o de contenido. En cuanto al primero, la pendencia del procedimiento debe existir ya y no haber finalizado todavía en el momento en que se celebra el negocio jurídico de la cesión del crédito. Como dice la sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, el art. 1535 CC establece el día inicial desde el que puede considerarse que un crédito es litigioso (desde que se conteste a la demanda, o haya precluido el plazo de contestación, como se deduce de nuestra sentencia 976/2008), pero no el final. Este término final lo situó la citada sentencia 690/1969, de 16 de diciembre, en la firmeza de la sentencia o resolución judicial, al declarar:

"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".

Además, como señala la sentencia 149/1991, de 28 de enero, el crédito puesto en litigio no puede consistir en una relación jurídica obligacional ya agotada o consumida en el momento en que se ejercita la acción del art. 1.535 CC.

En cuanto al contenido u objeto de la acción judicial, debe tratarse de una acción de carácter declarativo cuya pretensión sea la declaración de la existencia y/o exigibilidad del crédito, en los términos señalados.

Finalmente, ha de tratarse de una transmisión onerosa -por precio en dinero (aunque un sector doctrinal admite también la posibilidad cuando la contraprestación consiste en bienes fungibles)-, cuestión que aquí no se discute, y la facultad del art. 1.535 CC ha de ejercitarse dentro del plazo legal de caducidad (extremo que si bien no está exento de dificultades en cuanto al cómputo del *dies a quo* por la oscura redacción del párrafo tercero del precepto citado, aquí tampoco ha sido objeto de debate). Desde el punto de vista de la delimitación negativa del derecho, quedan excluidos del mismo los supuestos de cesión en globo oalzada a que se refiere el art. 1.532 CC, cuestión directamente relacionada con el segundo motivo del presente recurso.

1.2. Frente a este concepto estricto o restringido de crédito litigioso (que lo circunscribe a los supuestos en que el pleito tiene por objeto la existencia o exigibilidad del crédito), en el que se apoya la cesionaria demandada para negar la aplicabilidad del art. 1.535 CC al estar referido el objeto del pleito invocado a la cláusula de limitación a la baja de la variabilidad de los intereses ordinarios de los respectivos créditos cedidos, cuestión que no afecta a la existencia ni a la exigibilidad de tales créditos, la deudora cedida y demandante invoca la sentencia de esta sala 149/1991, de 28 de febrero, conforme a la cual

"...la estructura del "crédito litigioso" presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y la pendencia del cumplimiento exacto de la prestación, finalidad de aquélla, sea porque el pago aún no se puede exigir, sea porque el pago no se ha efectuado voluntariamente, y un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación [...]".

De esta sentencia la demandante infiere que la calificación del "crédito litigioso", en el sentido en que esta locución es empleada por el art. 1.535 CC, comprende no solo aquellos supuestos en que el crédito cedido es objeto de un procedimiento judicial declarativo cuyo objeto sea la discusión de su existencia y exigibilidad, sino también cualquier otro en que se debata sobre su naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes. Lo que incluiría cualquier pleito en que se pretenda un pronunciamiento relativo a una "cláusula suelo", sea para obtener una declaración de nulidad, sea para obtener una condena a la restitución de las cantidades abonadas indebidamente por su aplicación, sea para obtener ambos pronunciamientos.

Aunque la reiteración de la doctrina restrictiva, iniciada con la sentencia de 14 de febrero de 1.903 y que llega hasta la más reciente 464/2019, de 13 de septiembre, con el paréntesis que representa la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, permite afirmar que la doctrina jurisprudencial vigente en la materia es la que asume la tesis restrictiva citada, resulta conveniente profundizar en los fundamentos últimos de dicha solución a fin de despejar dudas y dotar al tráfico jurídico de la necesaria certidumbre y seguridad jurídica, al dotar de la deseable uniformidad a la interpretación de la norma debatida conforme a la función nomofiláctica que corresponde al recurso de casación.

2.- Origen, fundamento y naturaleza del denominado "retracto de crédito litigioso" o "retracto anastasio".

En cuanto a su origen histórico, como afirmamos en la sentencia 976/2008, de 31 de octubre, 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:

"tiene como antecedentes el Derecho Romano y concretamente la Ley Anastasiana (Anastasio a Eustasio, Ley 22, Tít. XXXV, Lib. 4º del Código, del *Corpus Iuris Civilis*), que se justificó por Justiniano (Ley 23) por razones de humanidad y de benevolencia ("*tam humanitatis quam benevolentiae plena*"), y 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", y el Proyecto de 1.851 (arts. 1.466 y 1.467)".

Como señalaba la misma sentencia 976/2008, se trata de una figura jurídica controvertida, cuyos detractores señalan que se opone al derecho de propiedad, que tiene escasa utilidad práctica y que no ha sido acogida por los Códigos más modernos (como el italiano de 1942 y el portugués de 1967). Añade la misma sentencia que el art. 1.535 CC es un precepto



"de aplicación problemática (pues son numerosas las diferencias interpretativas, y no meramente de matiz, entre nuestros civilistas que prestaron atención especial a su estudio); y con escaso tratamiento en la doctrina jurisprudencial (en la que caben citar, singularmente, las Sentencias de 14 de febrero de 1903, 8 de abril de 1904, 9 de marzo de 1934, 4 de febrero de 1952; 3 de febrero de 1968; 16 de diciembre de 1969; 24 de mayo de 1987 y 28 de febrero de 1991 [...])."

Es, pues, una figura controvertida en la doctrina, abandonada por los Códigos europeos más modernos, de aplicación práctica problemática y con escaso tratamiento en la jurisprudencia.

Sin embargo, su introducción en el Código civil español, por inspiración del Código napoleónico, respondió a un doble fundamento que era el mismo a que respondía el "retracto anastasiano" en el Derecho Romano: desincentivar a los especuladores de pleitos (que adquieren del demandante derechos judicialmente discutidos a bajo precio para reclamar después dichos derechos de los demandados) y reducir la litigiosidad ("cortar pleitos" en sintonía con la general enemiga y repugnancia del Derecho Romano respecto de los "compradores de pleitos" - vid. sentencia 976/2008 -).

La controversia sobre esta figura ha alcanzado también a su propia naturaleza jurídica, discutiéndose si se trata de un verdadero retracto legal (art. 1.521 CC) o bien una facultad atribuida *ex lege* al deudor para realizar un pago parcial de su deuda con plenos efectos liberatorios o, dicho de otro modo, una suerte de quita autorizada por la ley, esto es, un privilegio legal que permite al deudor extinguir la deuda no por el importe de lo adeudado, sino por el precio de la cesión (art. 1.156 CC). Incluso calificado este derecho como un retracto responde a una marcada finalidad extintiva, que se cumple porque subrogándose en su virtud el deudor en la posición activa del crédito se produce su extinción por confusión.

La jurisprudencia de esta sala se ha hecho eco de este debate, y así en la citada sentencia 976/2008, de 31 de octubre, ya se señalaba que esta facultad de extinguir el crédito litigioso si bien es denominada por una parte de la doctrina como "retracto de crédito litigioso", y como retracto se le da tratamiento procesal en la práctica (vid. art. 266.2º LEC), sin embargo, "propia mente no lo es porque no hay subrogación". A pesar de ello en la práctica judicial se ha seguido manteniendo la denominación de retracto (v.gr. sentencia de esta sala 165/2015, de 1 de abril), pues al margen de que cuando el derecho cedido sea un crédito o un derecho real sobre cosa del deudor/retrayente quede extinguido por confusión o consolidación una vez ejercitado el derecho (lo que excluye la subrogación en sentido propio) sin embargo son indudables sus analogías y similitudes funcionales con el retracto en cuanto a la limitación que suponen sobre la libre disposición del titular del derecho, la subsunción del "retrayente" en las condiciones pactadas por dicho titular o cedente con el cesionario del crédito o derecho cedido y el perentorio plazo de su ejercicio (art. 1.524 CC). A ello se suma la necesidad de contar con un régimen legal procesal que garantice el cobro del precio por parte del cesionario, lo que se obtiene a través del régimen de la caución que fija el art. 266.2º LEC para el caso del ejercicio de los derechos de retracto.

Así lo asumen también el demandante de este pleito que invoca en defensa de su tesis sentencias recaigas en pleitos sobre retractos arrendaticios, con cuya regulación existen también paralelismos como, por ejemplo, respecto de la exclusión del "retracto" en el caso de las cesiones de créditos en globo o a precio alzado (art. 1.532 CC) y en el caso de las ventas conjunta de la vivienda arrendada con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble (art. 25.7 Ley 29/1994, de 24 de noviembre). En este sentido, y en relación con la citada exclusión, la sentencia 221/2017, de 17 de mayo, afirma:

"[...] se entiende que el retracto arrendaticio como tal excepción que es a la libertad de contratación - nunca ha sido impuesto por el Código civil - habrá de interpretarse, si no restrictivamente, sí en sus justos términos".

3.- Carácter de norma excepcional del art. 1.535 del Código civil . La ratio del precepto.

3.1. La regla general en nuestro Derecho es la de la libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones, salvo pacto en contrario. Así resulta del art. 1.112 CC, conforme al cual "Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario"; de lo que es una manifestación más la regulación del Código sobre la cesión de créditos contenida en sus arts. 1.526 y siguientes.

Siendo la cesión de un crédito un negocio jurídico válido, sus efectos han sido precisados por la jurisprudencia de esta sala. Así la sentencia de 30 de abril de 2007 señaló sus tres principales efectos jurídicos, sistematizando la doctrina jurisprudencial en la materia:

"a) el cesionario adquiere la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía el acreedor cedente, permaneciendo incólume la relación obligatoria (SS. 15 nov. 1990, 22 feb. 2002, 26 sept. 2002, 18 jul. 2005); b) el deudor debe pagar al nuevo acreedor (SS. 15 mar. y 15 jul. 2002, 13 jul. 2004); y c) al deudor le asiste el derecho de oponer al cesionario, todas las excepciones que tuviera frente al cedente (SS. 29 sept. 1991 , 24 sept. 1993 , 21 mar. 2002)".



Ello supone que el cesionario, como señaló la citada sentencia de 30 de abril de 2007, en vía de principios, "puede reclamar la totalidad del crédito del cedente, con independencia de lo pagado (compraventa especial), y el deudor sólo está obligado a pagar la realidad de lo debido (incumplido)".

Y añade, descartando la posible tacha de ilicitud por enriquecimiento injusto del cesionario:

"Frente a ello debe rechazarse la alegación de enriquecimiento injusto efectuada [...] porque no hay empobrecimiento, ya que, cualquiera que fuere el acreedor, la entidad deudora paga lo que tiene que pagar (lo adeudado), y, además, la posibilidad de reclamar el importe íntegro del crédito, y no lo que se pagó por él, tiene su fundamento en la ley, como lo revela indirectamente la propia regulación del denominado "retracto de crédito litigioso" (arts. 1535 y 1536 CC)".

Por tanto, el denominado retracto de crédito litigioso constituye una excepción al régimen general de la cesión de créditos, y como tal requiere una interpretación estricta acorde con dicho carácter excepcional.

Que la regulación contenida en el art. 1.535 CC es excepcional, integrando una norma especial o privilegiada, resulta también de las siguientes consideraciones:

1.º Frente al régimen general del art. 1.157 CC, conforme al cual "no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía", en este caso se entiende pagada la deuda mediante la ejecución de una prestación distinta (cuantitativamente inferior) a aquella en que consistía la obligación.

2.º Frente al régimen general de las obligaciones de los arts. 1.166 y 1.169 CC, conforme a los cuales "el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida" y, salvo pacto en contrario, "no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación", en el caso de la cesión de créditos litigiosos se autoriza legalmente la extinción de la totalidad de la deuda mediante su pago parcial.

3.º Frente al criterio general del art. 1.127 CC, según el cual "siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro", la aplicación del régimen del art. 1.535 CC a un **préstamo** de amortización en plazos sucesivos, que no haya sido declarado vencido anticipadamente en su totalidad, extinguiendo anticipadamente el **préstamo** supondría excepcionar aquel precepto (incluso sin que concurran las circunstancias que determinan la aplicabilidad de la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo art. 23 atribuye novedosamente al prestatario incluido en su ámbito de aplicación el derecho al reembolso anticipado).

4.º Frente al régimen especial de las quitas parciales previstas por las más recientes regulaciones, vinculadas a la especial protección de la vivienda habitual, cuando se trata de deudas garantizadas mediante hipoteca constituida sobre la misma, en relación con la deuda remanente tras la ejecución de la vivienda (vid. 579.2, a) LEC), o en relación con las situaciones de insolvencia que afecten a personas y familias en situación de vulnerabilidad social (vid. "Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual", regulado en el anexo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo), el art. 1.535 CC no limita su ámbito de aplicación a la protección de la vivienda habitual ni a personas físicas en riesgo de exclusión social.

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)".

3.2. En relación con lo anterior hay que recordar el fundamento del origen histórico del "retracto anastasiano", 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.

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.

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.

QUINTO.- *Decisión de la sala sobre el recurso de casación. Créditos impugnados por la empresa deudora cedida en cuanto a la posible nulidad de una cláusula suelo. Desestimación.*

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 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 [...]". 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.

Todo lo cual conduce a la estimación del primer motivo del recurso de casación.

Estimado el citado motivo resulta ya innecesario analizar el segundo y tercer motivo del recurso, formulados con carácter subsidiario para el caso de no prosperar los anteriores.

SEXTO.- Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación formulado por Hotel Blanco Don Juan, S.L.

1.- Planteamiento de los recursos.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Amparado en el art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción por vulneración del principio establecido por este Alto Tribunal de *tantum devolutum quantum appellatum*. Vulneración de la Jurisprudencia en relación a este principio, en particular la de fecha 30 de marzo de 2011, y análogas de fecha 12 de mayo de 2006; 1 de diciembre de 2006; 21 de junio del 2007, y por ende también del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incongruencia *extra petita*. Vulneración del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE establecidas en las sentencias de este Alto Tribunal de fecha 17 de abril de 2007; 24 de marzo del 2008; 30 de junio del 2009; y 25 de noviembre del 2010".

El motivo del recurso de casación se formuló con el siguiente literal:

"Único.- Amparado en el art. 477.2.3.º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del art. 1535 del Código Civil, en relación al art. 7.2 del Código Civil, vulneración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto en la aplicación de los intereses a que refiere el precepto regulador del retracto de crédito litigioso, como de la teoría del abuso del derecho en la aplicación de la interpretación del mismo precepto. Vulneración de sentencias de este Alto Tribunal de fecha 31 de noviembre del 2008, 31 de octubre de 1988, 8 de junio de 1954 y 30 de mayo de 1955".

2.- Decisión de la Sala. Desestimación.

Ambos recursos objetan, dentro de su respectivo ámbito funcional, el pronunciamiento contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial por el que, completando el fallo del Juzgado de Primera Instancia, se declara que "la previa consignación deberá de comprender no solo el precio fijado en la sentencia de Instancia, sino también intereses legales desde el pago del precio de la cesión, a fijar en fase de ejecución de sentencia".

Es decir, partiendo de la previa confirmación del pronunciamiento hecho por la sentencia de primera instancia respecto a la declaración de que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.535 del Código Civil, la demandante tiene un derecho de retracto sobre los créditos litigiosos cedidos en que aquella figuraba como deudora, y que en aplicación de dicho derecho, se declaraban extinguidos tales créditos previa consignación por la deudora cedida del precio de la cesión, añadía, según prevé el mismo art. 1.535 CC, que la obligación de la consignación con efectos plenamente liberatorios debía comprender no sólo el citado precio de la cesión, sino también sus intereses desde el día del pago del precio de la cesión, a fijar en fase de ejecución de sentencia.



Estimado el recurso de casación interpuesto por la demandada Burlington Loan Management, Ltd, y revocado el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial por considerar que el crédito cedido no tiene la condición de litigioso a los efectos del art. 1.535 CC, decae igualmente la parte de dicho fallo relativa a la obligación de consignación por parte de la deudora cedida tanto en cuanto al precio de la cesión, como en cuanto a los intereses legales, pronunciamiento que queda anulado al casarse la sentencia en virtud de aquel recurso, por lo que procede desestimar los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación por pérdida sobrevinida de su objeto.

SEPTIMO.- Costas y depósitos.

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación formulado por Burlington Loan Management, Ltd que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación interpuesto por Hotel Blanco Don Juan, S.L. y las causadas en la primera instancia, deben imponerse a la citada entidad.

2.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulado por Hotel Blanco Don Juan, S.L., deben ser impuestas a la recurrente.

3.- Procede acordar la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la entidad Burlington Loan Management, Ltd, y la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Hotel Blanco Don Juan, S.L.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Burlington Loan Management LTD y desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Hotel Blanco Don Juan S.L. contra la sentencia n.º 171/2017, de 25 de abril, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona, en el recurso de apelación núm. 738/2016

2.º- Anular la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en el particular relativo a la desestimación del recurso de apelación de Burlington Loan Management Ltd y, en consecuencia, estimar dicho recurso y revocar la sentencia dictada en primera instancia en cuanto estimaba la demanda contra dicha entidad.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación formulado por Burlington Loan Management, Ltd que ha sido estimado. Respecto de las costas del recurso de apelación interpuesto por Hotel Blanco Don Juan, S.L. y las causadas en la primera instancia, deben imponerse a la citada entidad.

4.º- Imponer las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulado por Hotel Blanco Don Juan, S.L., que desestimamos, a la citada recurrente.

5.º- Devolver al recurrente Burlington Loan Management, Ltd el depósito constituido para interponer el recurso de casación.

6.º- Condenar al recurrente Hotel Blanco Don Juan, S.L., a la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.