

RESPUESTA JUDICIAL ANTE LA CESIÓN DE CRÉDITOS A FONDOS BUITRE EN LA EJECUCIÓN JUDICIAL

José Ignacio Atienza López

Secretario del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

EXTRACTO

El presente trabajo trata de poner de manifiesto la problemática jurídica nacida de la venta masiva de créditos de difícil cobro por parte de las entidades bancarias a favor de los llamados «fondos buitres», y sus consecuencias en materia de sucesión procesal en las ejecuciones judiciales para determinar si se oponen a las normas de la UE una norma de derecho interno como el artículo 1535 del Código Civil español, que permite la cesión a un tercero de un crédito litigioso en el que sea parte un empresario, por un lado, y un consumidor, por otro, sin que se exija una notificación fehaciente al referido consumidor del hecho mismo de la cesión, su título o razón de ser, y sin que sea preciso que se indique, documentalmente acreditado (y en todo caso), el precio cierto por el que se adquirió el crédito señalando la quita o descuento realizado.

Palabras claves: cesión de créditos, sucesión procesal y fondos de inversión.

Fecha de entrada: 17-09-2016 / Fecha de aceptación: 27-09-2016

JUDICIAL RESPONSE FOR THE CREDIT TRANSFER TO FUNDS VULTURE IN THE JUDICIAL EXECUTION

José Ignacio Atienza López

ABSTRACT

This paper attempts to highlight the legal challenges emanating from massive sale of credits difficult to collect by banks in favor of so-called «vulture funds», and its consequences on succession proceedings in judicial executions for determine whether oppose EU rules, a rule of domestic law such as article 1535 of the Spanish Civil Code, which allow the transfer to a third party of a litigious credit that is part of an entrepreneur, on the one hand and consumers on the other, without a certified notice to said consumer fact it is required the transfer, title or reason, and without it being necessary that stated, documented accredited (and in any case), the true price for which the credit was purchased.

Keywords: credit transfer, procedural succession and investment funds.

Desde que la normativa comunitaria decidió hace unos años que había llegado la hora de que el sagrado e intocable mundo bancario debía dejar de serlo para proteger al consumidor, son varios los asuntos en los que estamos esperando una decisión del TJUE, que tal y como se viene rumoreando en los mentideros, va a causar una explosión de cálculo que se nos antoja imposible. En este marco cabe integrar el fenómeno de las compras masivas de créditos por parte de los coloquialmente llamados «fondos buitres» a las entidades de créditos. Estas, se están dejando llevar por una inercia fácil como forma de sanear sus balances y como vía para desentenderse de fallidos de cuasi imposible cobro, vendiendo a precio alzado miles de créditos a consumidores a esta clase de fondos, sin querer percibirse de que hay una directiva (Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) que puede revertir toda esta situación en cuanto el TJUE lo acabe de decidir.

Las entidades bancarias y los fondos buitres siguen ignorando el derecho del consumidor a adquirir su propia deuda por un precio inferior, antes de que un fondo buitres obtenga ganancias en la ejecución judicial del deudor, al cual se le ha privado del derecho a recomprar su deuda por un precio muy inferior, pues nunca se le da la opción de intervenir en esa operación masiva, ni se fija un precio individualizado para su relación jurídica, de modo que se acaba convirtiendo en una operación de compra de créditos sin precio que el consumidor pueda pagar.

Estas situaciones, que empiezan a generalizarse de manera evidente en las ejecuciones judiciales de nuestros juzgados, han obtenido una respuesta desigual por parte de estos, de modo que unos órganos admiten la operación sin discusión alguna ni exigencia de requisitos al fondo buitres promotor de la subrogación procesal en la posición del banco ejecutante; mientras que otros luchan por defender los derechos del deudor a recomprar su deuda como hizo el fondo, pero con unas fuentes legales francamente deficitarias en el caso de nuestro país. Se trata de defender el derecho del consumidor a la posibilidad de extinguir el crédito en litigio, abonando el precio pagado por el adquirente más sus gastos y costas.

Jurídicamente estamos ante un tema de enjundia tanto en el mundo del derecho sustantivo como en el del derecho procesal, pues tiene muchas opciones de salir adelante la posible declaración de inconstitucionalidad de las cláusulas de cesión de créditos que se incluyeron en los préstamos y por las cuales, el banco se veía facultado para poder ceder el crédito a un tercero sin previa notificación al deudor. Esta renuncia es una renuncia impuesta al deudor completamente desproporcionada y desequilibrada en la relación contractual y nula a ojos de la Directiva 93/13/CEE de la UE, pues no respeta el derecho de tanteo del deudor cuando estamos ante cesiones en bloque, motivadas por la desesperación de los bancos de sanear los balances haciendo que la deuda desaparezca para ellos a costa de los derechos fundamentales del prestatario, al que no se permitirá nunca participar en la operación, entre otras cosas, al no poder decirle cuál es el precio que tendría que pagar para recomprar su deuda.

Era cuestión de tiempo que estas conductas abusivas practicadas a espaldas de la normativa europea, colmaran la paciencia de algún juzgado. Es por ello que destacamos aquí que el Juzgado

de 1.ª Instancia n.º 38 de Barcelona haya tomado la encomiable iniciativa de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE, con solicitud de tramitación por el procedimiento acelerado. Sintetizando esta importante iniciativa judicial, el magistrado que la adopta destaca los siguientes extremos:

- a) El artículo 267 del TFUE permite a cualquier órgano judicial presentar ante el TJUE peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de normas comunitarias cuando estemos ante un asunto que se halle en pendencia de decisión y si no hay jurisprudencia en esta materia. Igualmente hace constar el magistrado que procede en paralelo a plantear la cuestión ante el TC español para determinar si esta práctica empresarial se ajusta a la tutela que la Constitución española dispensa a los consumidores.
- b) Por el citado juzgado se explica el supuesto de hecho sobre el cual se plantea la cuestión, que es siempre el mismo: ante el impago por un consumidor de sus cuotas del préstamo, el banco ha dado por vencido anticipadamente el mismo, y en el seno de la ejecución judicial se pretende una sucesión procesal en la parte ejecutante por un fondo de inversión que ha pagado al prestamista originario del consumidor, entre un 4% y un 7% de la deuda principal y sin dar oportunidad al cliente bancario de participar en tal negocio.
- c) En la póliza de préstamo se recogen las cláusulas de vencimiento anticipado, en las cuales siempre se exigen garantías por parte de la entidad bancaria, pero solo en una dirección, la del consumidor, omitiendo deliberadamente cualquier mención a extinguir la deuda con el pago del precio de la cesión, intereses, gastos y costas del proceso. No se incluye ninguna cláusula referente a la cesión del crédito por la entidad bancaria a favor de un tercero, sin conocimiento ni consentimiento del deudor y sin darle opción a la compra de ese crédito.
- d) Como derecho originario se destaca el artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el artículo 2 C del Tratado de Lisboa, y los artículos 4 y 12 del TFUE, remarcando que toda esta normativa refiere la necesidad de promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección.
- e) Como derecho derivado, los artículos 3 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores.
- f) Como derecho interno español, el Real Decreto Legislativo 1/2007, concretamente el artículo 8, sobre los derechos básicos de los consumidores y usuarios; el artículo 80, sobre requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, y al artículo 82, sobre concepto de cláusula abusiva. Igualmente la Ley 2/2011, de 4 de marzo, sobre Economía Sostenible; la Orden ECC/2316/2015, sobre obligaciones de información y clasificación de productos financieros; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre defensa del cliente de entidades financieras; la Circular 5/1994, de 22 de julio, sobre transparencia de las operaciones y protec-

ción de la clientela, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. También el Real Decreto-Ley 6/2012, sobre medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y la Ley 10/2014, de 26 de junio, de solvencia de entidades de crédito. Además de esta normativa, lógicamente el magistrado que plantea la cuestión alude a la insuficiencia del artículo 1535 del CC como protector del derecho de retracto legal del consumidor y a la necesidad de que sea interpretado adecuadamente.

Concluye el magistrado, tras un exhaustivo análisis de este último precepto, la necesidad de «valorar si la compra de un crédito a modo de compraventa de cartera de créditos adquiriendo los derechos económicos ínsitos a los créditos en su modalidad de transmisión en conjunto por una cantidad irrisoria de dificultosa concreción pero manifiestamente desproporcionada con la pendiente de ejecutar, es ajustada a una protección adecuada a los intereses de los consumidores, teniendo presente además que ese nuevo acreedor reanima el pleito de ejecución tras haber estado suspendido por falta de actuación del acreedor primitivo, o de cuya cesión y precio, no tiene conocimiento el consumidor cuando se produce extrajudicialmente».

¿Es conforme al Derecho de la Unión Europea la compraventa por la que se exige la totalidad del crédito pendiente al consumidor habiendo comprado los derechos de este crédito a un precio ínfimo muy por debajo del reclamado, y sin ofrecer la posibilidad a su cliente bancario a los efectos de liberar o extinguir su crédito?

Este no es un caso único, pues el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 11 de Vigo (Pontevedra) también ha planteado la cuestión prejudicial comunitaria al TJUE para que sea este quien conteste a la siguiente cuestión: ¿Se oponen a las normas de la UE citadas en la primera cuestión una norma de derecho interno como el artículo 1535 del CC español, que permite la cesión a un tercero de un crédito litigioso en el que sea parte un empresario, por un lado, y un consumidor, por otro, sin que se exija una notificación fehaciente al referido consumidor del hecho mismo de la cesión, su título o razón de ser, y sin que sea preciso que se indique, documentalmente acreditado (y en todo caso), el precio cierto por el que se adquirió el crédito señalando la quita o descuento realizado?

En la actualidad procesal de nuestros órganos judiciales, ya hemos hecho alusión a que cada vez en mayor medida, los juzgados están tratando de poner coto a este espectáculo de fondos buitre que se mueven como pez en el agua especulando en el contexto de necesidades bancarias que intentan disfrazar sus fallidos con operaciones de venta masivas a costa de los derechos de los consumidores. Es por ello que no es difícil encontrar ya respuestas judiciales certeras ante las peticiones masivas de sucesión procesal por parte de fondos de inversión de dudoso origen, como la siguiente: «La parte presentadora del escrito interesa que se autorice la sucesión procesal, pretendiendo que este juzgado incumpla al margen de la legalidad, lo ordenado por los artículos 17 y 540 de la LEC y el artículo 1535 del CC. La interdependencia sustantiva y procesal de los preceptos citados en conexión con la obligatoria protección a los consumidores ordenada por el artículo 51.1

de la CE, impide cualquier opción de admisión de lo que la parte pide. La normativa citada obliga al juzgado a elaborar un juicio de suficiencia a la hora de tener por acreditada la legalidad de la cesión operada, pues no es admisible dejar a merced de las partes cedente y cesionaria el modo en que ha de entenderse por cumplida la cesión; no se aportan documentos originales que acrediten las condiciones de la cesión, no se acredita haber notificado al ejecutado la cesión, no se justifica el precio abonado por la cesión para que el ejecutado pueda beneficiarse de la aplicación del artículo 1535 del CC y finalmente, omiten cualquier detalle al juzgado tendente a poder delimitar las condiciones de la cesión que serán las que pretendan aplicar al consumidor, que son distintas de las que este pactó con el cedente del crédito y a sus espaldas.

Se cede el crédito sin opción alguna de participación al consumidor, y con vulneración de los más elementales preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2007, en el cual se establecen como abusivas todas las cláusulas no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente en perjuicio del consumidor o usuario, con desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

Pretender que con ello hayan quedado cumplidos los requisitos de una cesión de contrato de los artículos 1526 y ss. del CC a efectos de la aplicación de los artículos 540 y 17 de la LEC, es pretender convertir al notario en un falso juez con poderes para valorar esa suficiencia que solo el artículo 540 de la LEC otorga al juzgado, no dejando de sorprendernos que se pretenda de este juzgado que autorice como fehaciente una venta de un crédito sin precio acreditado como elemento esencial de la venta, siendo este elemento trascendental para la ejecutada a la hora de defender sus derechos en la cesión. El carácter masivo o colectivo de una sola operación financiera con una entidad bancaria sobre miles de relaciones crediticias individuales de diferentes ejecutados de esa entidad, no puede pretender vía sucesión procesal, que las individualidades desaparezcan para pasar a ser un solo colectivo de ejecutados a los que la venta masiva pueda imponer sus condiciones diferentes a las que contrataron, sin siquiera ser ni oídas ni tuteladas por el juez en el juicio de suficiencia al que el artículo 540 de la LEC le obliga. Por tanto no se han aportado al proceso las escrituras públicas en las que se plasmó la transmisión del crédito derivado del préstamo suscrito por la ejecutada; de manera que se ignora qué se ha pactado entre cedentes y cesionarios, salvo la venta, que debió ser por algún precio que desconocemos».

Ahondando en la cuestión, el artículo 540 de la LEC debe ponerse en relación con el artículo 1535 del Código Civil que establece: «Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este 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».

El crédito litigioso debe interpretarse con arreglo a la STS de 28 de febrero de 1991, que expresa que «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 que aquella, sea porque el pago aún no se puede exigir, sea porque el pago no se ha efectuado voluntariamente», que es precisamente lo que ocurre con el crédito cedido en este trámite de ejecución.

En el mismo sentido, nos parece importante el Auto de la AP de Madrid, sección 12.^a, de 26 de octubre de 2015, en cuanto a la necesidad de acreditar, incluso en un procedimiento de ejecución de título judicial, el precio satisfecho por el cesionario a los efectos del ejercicio del derecho de retracto, señalando que «sin embargo, aunque de la Certificación Notarial aportada se deduce claramente la cesión del crédito reclamado en el presente procedimiento a la deudora ejecutada, no consta el precio pagado por la cesionaria por su adquisición, que permitiría el ejercicio de la acción de reembolso previsto en el artículo 1535 del Código Civil, la falta de este dato impide el cumplimiento formal de los requisitos exigibles para hacer posible la admisión a trámite de la solicitud de subrogación efectuada por la entidad apelante con plenas garantías para la ejecutada al no permitir a la deudora ejecutada el ejercicio de la acción de reembolso previsto en el artículo 1535 del Código Civil». Recordemos que la STS de 16 de diciembre de 2009 ya declaraba la abusividad de una cláusula de renuncia a la notificación de una cesión de contrato, indicando que esta cesión «exige el consentimiento del cedido y no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión». En el mismo sentido, debe recomendarse la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián 89/2016, de 8 de marzo.

Este criterio es concordante por el fijado por el Auto de la AP de Madrid, sección 13.^a de 12 de abril de 2016, al señalar que: «Aplicando la interpretación legal expresada al caso de autos es clara la aplicabilidad del artículo 1535 del CC al derecho transmitido por la finalidad que persigue, que no es otra que la de desincentivación de los especuladores de pleitos ("compradores de pleitos" o "fondos buitres"), y responder a razones de humanidad y de benevolencia (*tam humanitatis quam benevolentiae plena*), pues otra interpretación lo dejaría sin contenido ni aplicación de ningún tipo al no existir en el procedimiento de ejecución actual contestación de la demanda ni trámite que se le equipare debiendo estarse al artículo 410 de la LEC y el comienzo de la litispendencia». Por otro lado, la exigencia a la cesionaria del crédito de que aporte todos los datos de la cesión viene impuesta dado el carácter de consumidora de la prestataria, parte ejecutada, al amparo del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Resulta importante igualmente recordar que «el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicios al deudor cedido» (STS de 1 de octubre de 2011).

En virtud del artículo 86.3 del citado texto, es una cláusula abusiva la liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de este; abusividad que puede serpreciada de oficio en aplicación del artículo 83. En el mismo sentido, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 15 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos, ha establecido como principio de interés general del Derecho de la Unión, la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, lo que justifica la actuación de oficio de los órganos judiciales.

Así, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, según el cual las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, constituye una disposición imperativa que pretende remplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (asuntos Banco Español de Crédito, apdo. 40, Banif Plus Bank, apdo. 20, citados en la STJUE de 30 de mayo de 2013; asunto AsbeekBrusse y de Man Garabito, C-488/11, apdo. 38). Finalmente, el anexo de la citada directiva contempla en su aparta-

do p), como cláusula que debe ser considerada abusiva prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de este.

Cada vez en mayor medida, los juzgados españoles terminan concluyendo ante este fenómeno puramente especulativo que «aplicando los preceptos analizados al supuesto enjuiciado, se concluye que no se dan los requisitos para entender acreditada la sucesión procesal a favor de la presunta cesionaria, pues esta no ha probado, mediante documento fehaciente alguno, a pesar de su disponibilidad probatoria en tal sentido, que se le haya cedido el concreto crédito que se ejecuta, con todos sus datos, entre ellos el importe, pues solo se hace referencia a un numeración que no se identifica con la del contrato aportado y al nombre del deudor, y tampoco consta que la cesión se haya notificado a este, y sea conocedor de la misma y de su precio para poder ejercitar su derecho de retracto, sin merma de garantías. Es decir no solo el documento no reúne los requisitos establecidos en el artículo 540 de la LEC, de documento fehaciente que recoja todos los datos identificativos del crédito, sino que además no se acredita que la cesión cumpla la normativa imperativa que permita al deudor ejercitar su derecho de retracto, pues es desconocedor de ella y de su importe, y ha precluido la posibilidad de oponerse a la ejecución por lo que cabe que el juez de oficio, determine la abusividad del pacto de cesión verificado sin conocimiento del deudor, especialmente cuando el traslado para alegaciones sobre la cesión se efectúa solo a cedente y cesionario, por lo que el deudor no tiene la posibilidad de oponerse a ella.

La exigencia de identificar todos los datos del crédito concreto cedido, para aceptar la cesión ya vino establecida por la AP de Madrid, sección 19.^a En su auto de fecha 4 de octubre de 2013 estableció en cuanto a los requisitos de la cesión créditos para acreditar la titularidad del actor «el juzgador instancia tiene toda razón jurídica cuando entendió que era inviable la demanda de ejecución instada por XXX, Establecimiento Financiero del Crédito sociedad anónima, no habiendo incidido en error alguno cuando decretó el *iudex a quo* la inadmisión del despacho de ejecución frente a don Fernando (...), es imprescindible constatar la identidad del objeto y de sus circunstancias para no exceder la propia ejecución de la cesión misma».

Solo nos falta ya la adecuada decisión del TJUE a la cuestión prejudicial ya aludida, para poder cerrar este despropósito al que asistimos a diario en nuestros órganos judiciales, y por cierto, que se vayan preparando las entidades bancarias para el estallido potencial que se nos prepara si, como parece previsible, el TJUE falla en el sentido apuntado en estas líneas.

Recientemente ha caído en mis manos un breve pero interesante artículo en una revista jurídica en el cual el Sr. Navas Marqués lo finaliza diciendo que «la historia reciente nos demuestra que, cuando un juez español decide instar un incidente ante el TJUE, es que ya ha detectado una práctica totalmente censurable, porque hasta ahora, en términos generales, el Tribunal de Luxemburgo le ha dado la razón. (...) Lo que sí puedo afirmar categóricamente es que el sistema judicial y jueces son la salvaguarda de este país, y un ejemplo de imparcialidad, pues una y otra vez han impedido que conductas abusivas financieras den al traste con el país». Suscribo por completo estas palabras y felicito a su autor por ellas y por su artículo.