

Retracto de crédito litigioso: legitimación activa

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

El retractor de crédito litigioso resulta ser una figura con una actualidad en alza, desde que los llamados fondos de inversión («fondos buitres») han irrumpido en el mercado como adquirentes de carteras de crédito de forma masiva. En el presente caso se trata de delimitar quién o quiénes tienen legitimación activa para ejercitar la acción de retractor prevista en el artículo 1.535 del CC; en concreto se analiza si existe dicha legitimación activa en los llamados hipotecantes no deudores y avalistas solidarios de la deuda contraída por una mercantil que era la prestataria del crédito hipotecario. La respuesta a ello ha de ser necesariamente negativa, pues el derecho que otorga el artículo 1.535 del CC es un derecho puramente personal del deudor, no siendo el hipotecante no deudor ni el fiador parte de la obligación principal garantizada que existe entre el acreedor y el deudor por virtud del contrato de préstamo.

Palabras clave: Crédito litigioso. Retracto. Legitimación activa.

Fecha de entrada: 15-10-2020 / Fecha de aceptación: 29-10-2020

Enunciado

Juan y Juana son demandados ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Sevilla donde se sigue un procedimiento de ejecución hipotecaria entablado por la entidad bancaria Unicaja Banco, SA contra los dos, entre otros demandados. En el seno de dicho procedimiento, y recibida la demanda de ejecución hipotecaria, Juan y Juana formularon oposición a la demanda ejecutiva, aduciendo los motivos y cuestiones que a su derecho interesaron, siendo dicha oposición resuelta por auto del citado Juzgado de Primera Instancia número 12 de Sevilla, en sentido desestimatorio de los intereses de los dos.

En fecha 18 de diciembre de 2018 Unicaja Banco, SA cedió el crédito a la entidad Alfa Soluciones mediante contrato elevado a público ante notario. Juan y Juana, recibieron misiva remitida por Unicaja Banco, por la que se les comunicaba la cesión y venta de su crédito a la entidad Alfa Soluciones.

En fecha 11 de febrero de 2019 Juan y Juana remitieron sendos burofaxes a la entidad cedente, Unicaja Banco, y a la cesionaria, Alfa Soluciones, en los que indicaban que por parte de las entidades cedente y cesionaria se había incumplido con la obligación de comunicación previa al deudor de la cesión del crédito para el ejercicio de su derecho de retracto e, igualmente, se comunicaba el interés de los dos de ejercitar su derecho de retracto de crédito litigioso, para lo cual, se les requería a fin de que se les informase del precio pagado por Alfa Soluciones a Unicaja por la cesión de su crédito, así como que se les entregasen los documentos fehacientes acreditativos de la cesión y pago efectuado al efecto.

En fecha 5 de marzo de 2019 Juan y Juana recibieron burofax remitido por Alfa Soluciones en el que rechazaba la posibilidad de que los dos ejercitasen el derecho de retracto,

sin que se haya informado a Juan y Juana del precio pactado para la cesión del crédito, lo que ha llevado a ambos a interponer una demanda en el ejercicio de la acción prevista en el artículo 1.535 del CC.

Alfa Soluciones se opone a las pretensiones deducidas de contrario y plantea, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes por cuanto los mismos son hipotecantes no deudores y avalistas solidarios de la deuda contraída por la mercantil PEPCO, SL, prestataria del crédito otorgado en el año 2006 por importe de 1.227.360 euros, novada en tres ocasiones, siendo Juan además el administrador solidario de la entidad prestataria y Juana, también demandante, esposa del anterior en régimen de gananciales.

Entiende la parte que los demandantes carecen de la condición de deudores del préstamo objeto de la litis, siendo el derecho recogido en el artículo 1.535 del CC un derecho puramente personal del deudor, no siendo el hipotecante no deudor ni el fiador parte de la obligación principal garantizada que existe entre el acreedor y el deudor por virtud del contrato de préstamo o crédito. En este sentido y conforme al artículo 1.835 del CC: «El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor».

Esta es la cuestión a dilucidar en este caso: ¿tienen Juan y Juana, en cuanto hipotecantes no deudores y avalistas solidarios de la deuda ejecutada en el Juzgado de Sevilla, legitimación activa para ejercitar la acción prevista en el artículo 1.535 del CC?

Cuestiones planteadas:

- La legitimación activa de quienes no son deudores principales del préstamo cedido para ejercitar la acción de retracto de crédito litigioso del artículo 1.535 del CC.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia.

Solución

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 1.535 del CC solo hace referencia al deudor como sujeto titular del derecho de retracto de crédito litigioso. Por eso, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar al deudor como el único legitimado activamente para ejercitar el retracto. Por todas, puede citarse la STS de 28 de febrero de 1991, que niega la condición de deudor a quien no era parte en la relación obligatoria de la cual surgió el crédito. Cabe plantearse si sujetos distintos al deudor, como el hipotecante no deudor, el tercer

poseedor y el fiador, ostentan también tal derecho. Aunque la cuestión no es del todo pacífica, son varios los argumentos que pueden esgrimirse para negar su legitimación activa.

El primero de ellos es que la literalidad del precepto es clara, y su interpretación restrictiva impide su extensión a otros sujetos no contemplados expresamente en él, pudiendo sostenerse que la condición de deudor es presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción de retracto. En este sentido, la SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006 niega la legitimación activa al tercer poseedor del bien hipotecado y al fiador por la imposibilidad de hacer una interpretación expansiva de un derecho de retracto que califica de «extraordinario».

La segunda razón para excluir su legitimación activa es que ni el hipotecante no deudor, ni el tercer poseedor, ni el fiador son parte en la obligación principal garantizada que existe entre el acreedor y el deudor por virtud del contrato de préstamo o crédito. Consecuentemente, no son deudores del acreedor en sentido estricto.

En cuanto al hipotecante no deudor, la jurisprudencia lo define como el propietario de un inmueble que lo hipoteca para garantizar el pago de la deuda asumida por un tercero. Y todo ello con base en lo dispuesto en el artículo 1.857 del CC, que permite a terceros ajenos a la obligación principal asegurar esta pignorando o hipotecando sus propios bienes.

Esta misma doctrina jurisprudencial establece que el hipotecante no deudor «no debe al acreedor hipotecario la prestación asegurada, ni siquiera como fiador, con independencia de que responda con el bien hipotecado por lo que constituye una deuda ajena y de que el valor del mismo pueda ser realizado a instancia del acreedor hipotecario para satisfacer su derecho, mediante el ejercicio de la acción correspondiente». De hecho, se afirma que «la figura tiene en común con la fianza y con la pignoración hecha a favor de tercero, que se trata de garantías prestadas para asegurar el pago de deudas ajenas».

Por lo que atañe al tercer poseedor de finca hipotecada, la doctrina señala que es el propietario de una finca gravada con hipoteca (o embargo) que no es deudor de la obligación asegurada, ni tampoco hipotecante en garantía de deuda ajena, sino que, simplemente, adquiere la finca gravada con una hipoteca (o embargo) anterior, pero sin subrogarse en la deuda, de tal manera que, aunque el acreedor puede instar la enajenación del inmueble gravado para cobrar su crédito, no por ello el tercer poseedor se convierte en parte del contrato de crédito ni en parte del contrato de hipoteca.

En este sentido se pronuncia la referida SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006, que rechaza la legitimación activa del tercer poseedor para ejercitar la acción de retracto del artículo 1.535 del CC y la aplicación analógica del artículo 1.853 del CC, al considerar que esta acción compete en exclusiva al deudor y es intransmisible.

En el caso del fiador, la doctrina moderna reconoce que en torno a la fianza pueden reconocerse dos relaciones jurídicas diversas: la relación jurídica entre acreedor y deu-

dor (obligación principal garantizada) y la relación jurídica de fianza entre fiador y acreedor (obligación fideiusoria), creada con función de garantía de la obligación principal, pero que es obligación diferente de aquella. En consecuencia, el fiador no es parte en la obligación principal garantizada ni ostenta, por tanto, derecho de retracto.

Existen, además, otras razones adicionales para negar su legitimación activa:

1. Según la jurisprudencia, los efectos del pago al acreedor son distintos dependiendo de si lo efectúa el deudor o el fiador (incluso aunque sea fiador solidario). Solo con el pago por el deudor (sea o no solidario) se produce la extinción de la obligación principal (deuda). Eso demuestra que el único legitimado para ejercer el retracto es el deudor, y no el fiador, porque el pago de este último nunca conlleva el efecto extintivo de la obligación principal que el artículo 1.535 del CC anuda al ejercicio del retracto del crédito litigioso. Es ilustrativa a este respecto la SAP de Castellón de 29 de noviembre de 2000.
2. No tiene sentido que el fiador pueda ejercitar el derecho de retracto en relación con créditos hipotecarios que sean objeto de reclamación en procesos de ejecución hipotecaria, en la medida en que, tras la última reforma del artículo 685.1 de la LEC, se entiende que no se puede dirigir contra él la demanda de ejecución hipotecaria (sin perjuicio de que le sea notificada para que conozca su existencia) y que solo se le puede reclamar, en su caso, el remanente de deuda no cubierto con la realización del inmueble hipotecado. Es más, cabría plantearse si no habría enriquecimiento injusto (del deudor) si el fiador pudiese ejercitar el retracto respecto de un crédito que ni siquiera se le reclama aún (ya que la ejecución hipotecaria se seguiría contra el deudor).

En estos mismos términos se manifiesta la reciente SAP de Alicante (Elche) (Sección 9.ª) n.º 478/19, de 27 de septiembre, al declarar:

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 1.535 del CC solo hace referencia al deudor como sujeto titular del derecho de retracto de crédito litigioso. La literalidad del precepto es clara, y su interpretación restrictiva impide su extensión a otros sujetos no contemplados expresamente en él, pudiendo sostenerse que la condición de deudor es presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción de retracto. Por eso, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar al deudor como el único legitimado activamente para ejercitar el retracto. Pudiendo citarse, entre las ya mencionadas por el tribunal de instancia, la STS de 28 de febrero de 1991, que niega la condición de deudor a quien no era parte en la relación obligatoria de la cual surgió el crédito. Y también la SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006 que niega la legitimación activa al tercer poseedor del bien hipotecado y al fiador por la imposibilidad de hacer una interpretación expansiva de un derecho de retracto que califica de «extraordinario». Parte de las resoluciones ya menciona-

das por el tribunal *a quo*, podemos añadir la SAP de A Coruña de 26 de noviembre de 2018: «...sobre los requisitos condicionantes del derecho de subrogación del artículo 1.535 del CC, decíamos en nuestra precitada sentencia, los siguientes: A) Que nos hallemos ante una cesión onerosa de un crédito... B) Que el crédito cedido sea litigioso, es decir que se encuentre *sub iudice*... C) Que la acción de retracto sea ejercitada precisamente por quien ostente la condición de deudor del crédito cedido, lo que conforma presupuesto de legitimación activa para el ejercicio de tal pretensión. D) Que la acción de retracto se ejercite en el plazo de caducidad de nueve días contados desde que el cesionario le reclame el pago. E) Que se consigne a favor del cesionario el importe del precio de la cesión, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho». En el mismo sentido el AAP de Madrid de 29 de diciembre de 2007: «3. También cabe recordar que el tercer poseedor de los bienes hipotecados no ostenta la condición de deudor cedido en la relación obligatoria subyacente, salvo que haya asumido, a su vez, la obligación garantizada con la hipoteca, que no es el caso». Efectivamente ni el hipotecante no deudor, ni el tercer poseedor, ni el fiador, son parte en la obligación principal garantizada que existe entre el acreedor y el deudor por virtud del contrato de préstamo o crédito. Consecuentemente, no son deudores del acreedor en sentido estricto.

Establece el artículo 538.2.3.^a de la ley procesal que solo podrá despacharse ejecución contra: «Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos».

Y el artículo 686 que: «En el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro...». No es lo mismo ostentar la condición de parte procesal que la de deudor. La LEC 2000 derogó el antiguo artículo 134 de la LH y su tratamiento procesal lo encontramos ahora en el artículo 662 de la LEC.

Este tercer poseedor, acreditando la inscripción de su título, podrá comparecer en el proceso. A diferencia de lo que establecía el artículo 134 de la LH que señalaba que podría pedir que se le exhibieran los autos en la secretaría, y el juez lo acordaría sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con él las diligencias ulteriores, como subrogado en el lugar del deudor, la LEC solamente señala ahora que se entenderán con él las diligencias ulteriores al momento en que comparezca en el juzgado.

En definitiva, el tercer poseedor de finca hipotecada, que es el propietario de una finca gravada con hipoteca (o embargo) no es deudor de la obligación asegurada, ni tampoco hipotecante en garantía de deuda ajena, sino que, simplemente, adquiere la finca gravada con una hipoteca (o embargo) anterior, pero sin subro-

garse en la deuda, de tal manera que, aunque el acreedor puede instar la enajenación del inmueble gravado para cobrar su crédito, no por ello el tercer poseedor se convierte en parte del contrato de crédito ni en parte del contrato de hipoteca.

A mayor abundamiento la protección que dispensa el precepto viene referida al vendedor, no al deudor, y trata de evitar que se vea compelido a una venta a la baja ante las dificultades de cobro».

De igual modo se pronuncia la ya mencionada SAP de Barcelona (Sección 16.^a) n.º 116/2006, de 15 de marzo, al señalar:

TERCERO. Sostiene la recurrente, invocando los artículos 38 y 42 de la LH y el 175 de su reglamento, que como adquirente posterior de las fincas trabadas está interesada en el pago del crédito que garantizan las anotaciones de embargo, ya que en caso contrario se cancelará su título. Y efectivamente así es, pero ello no le confiere la condición de deudora. Y es que el hecho de que las mitades indivisas de las fincas respondan del crédito en virtud del cual se trabaron los correspondientes embargos no significa que responda de la deuda personalmente con todo su patrimonio la Sra. Emilia. No actúa como heredera de su difunto marido (condición que ni siquiera aduce ostentar), buena prueba de lo cual es que en la pieza de ejecución provisional de la sentencia recaída en los autos de constante referencia compareció en fecha 23 de octubre de 2003, precisamente, como titular de derechos posteriores al embargo según lo previsto en el artículo 658 de la LEC (folios 94 y 95). No nos encontramos en los supuestos que regulan los artículos 659 y 662 de la LEC que, junto con el artículo 1.210-3 del CC, también se invocan en el escrito de interposición del recurso. Nadie discute a la recurrente, como titular de derechos posteriores a los embargos o tercera poseedora, la posibilidad de liberar los bienes embargados pagando el importe del crédito, intereses y costas dentro del límite de responsabilidad a que estén sujetos. Pero parece claro que no puede pretender obtener dicha liberación por un importe notoriamente inferior al propio crédito por la vía de ejercitar un derecho de retracto que no le concede la ley. Carece de base por último la aplicación analógica del artículo 1.853 del CC que postula la apelante, pues evidentemente entre los supuestos no existe la precisa identidad de razón (art. 4-1 CC). Baste apuntar al respecto que el invocado precepto otorga al fiador la posibilidad de oponer frente al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, supuesto bien distinto de la pretendida «transmisibilidad» de una acción de retracto que solo al propio deudor incumbe».

También las SSAP de Madrid (Sección 11.^a) de 28 de noviembre de 2018 y de 22 de marzo de 2019 niegan al fiador el derecho de retracto por carecer de la condición de deudor.

Por todo lo señalado, cabe concluir que solo el deudor tiene legitimación activa para el ejercicio de esta acción de retracto, debiendo denegarse a los demandantes la condición de deudores a los efectos de la acción de retracto de crédito litigioso.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil arts. 1.535 y 1.857.
- SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006, SAP de Castellón de 29 de noviembre de 2007, SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2018 y SAP de Alicante de 27 de septiembre de 2019.