

Nulidad de cláusula suelo y crédito litigioso

Adelaida Medrano Aranguren

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

Extracto

El ejercicio del derecho de retracto sobre un crédito litigioso, en relación con un préstamo hipotecario cedido por el prestamista a un tercero después de que la prestataria hubiese impugnado la cláusula suelo incluida en el mismo, exige que el crédito tenga realmente naturaleza de litigioso, y un crédito no puede estimarse convertido en litigioso por el hecho de que se haya impugnado la cláusula suelo, como para poder ejercitar sobre él una acción de retracto del artículo 1.535 del Código Civil. Para que un crédito tenga realmente el carácter de litigioso es preciso que concurra un verdadero requisito material, consistente en el ejercicio de una acción declarativa cuyo objeto sea la existencia y exigibilidad del propio crédito, y ello no puede estimarse concurrente cuando el objeto del pleito sobre el crédito cedido se refiere a una cláusula suelo cuya posible nulidad no afecta a la existencia y exigibilidad del mismo.

Palabras clave: crédito litigioso; cláusula suelo; derecho de retracto.

Fecha de entrada: 15-05-2020 / Fecha de aceptación: 28-05-2020

Enunciado

Tornillos Pérez, SA entre 2001 y 2006 suscribió con Bankia diversos préstamos hipotecarios, posteriormente novados entre los años 2009 y 2011. Estos préstamos fueron transmitidos por Bankia a la entidad BLM, Ltd. a través de escritura pública de cesión de posiciones contractuales suscrita ante notario en fecha 3 de junio de 2015. Esta cesión se hizo conjuntamente con otros 87 créditos pertenecientes a Bankia.

El precio total de la cesión conjunta de los 91 créditos fue de 283.229.144,72 euros, según certificación notarial. Los préstamos hipotecarios cedidos por Bankia a BLM, Ltd. fueron los siguientes:

- a) Préstamo hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Tornillos Pérez, SA el día 11 de julio de 2005 ante notaria, y sus novaciones producidas mediante escritura pública el día 30 de junio de 2009, ante notaria, con n.º de protocolo 1.570 y mediante escritura pública el día 3 de mayo de 2011 ante notaria, con n.º de protocolo 950.
- b) Préstamo hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Tornillos Pérez, SA el día 21 de febrero de 2006 ante notario con n.º de protocolo 361 y su novación producida mediante escritura pública el día 6 de mayo de 2010 ante notaría, con n.º de protocolo n.º 935.
- c) Préstamo hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Tornillos Pérez, SA el día 20 de agosto de 2001 ante notario, con n.º de protocolo 2.913.
- d) Préstamo hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Tornillos Pérez, SA el día 30 de abril de 2004 ante notario con n.º de protocolo 783 y su novación producida mediante escritura pública el día 1 de diciembre de 2009 ante notaria con n.º de protocolo 2.914.

Tornillos Pérez, SA interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra Bankia, SA solicitando la nulidad de las cláusulas suelo que habían sido introducidas al novar

los créditos hipotecarios suscritos con la entidad bancaria en los años 2009 y 2010, y la restitución de la cantidad cobrada indebidamente por aplicación de dicha cláusula.

Dicha demanda fue admitida a trámite en fecha 19 de noviembre de 2014, dando lugar a un juicio ordinario (fecha, por tanto, anterior a la cesión de los citados préstamos hipotecarios a BLM, Ltd.).

En fecha 3 de junio de 2015 Bankia notificó a Tornillos Pérez, SA la transmisión de los créditos a BLM, Ltd. así como la designación de Hipoges, SL como entidad encargada de la gestión del cobro de los créditos.

Tornillos Pérez, SA interpuso una demanda contra Bankia, SA y contra BLM, Ltd., interesando que se declarase que la actora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 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.

¿Son créditos litigiosos los suscritos por Tornillos Pérez, SA por el hecho de que exista un procedimiento para declaración de nulidad de la cláusula suelo?

Cuestiones planteadas:

- Concepto, naturaleza y requisitos para que un crédito pueda ser considerado como litigioso.
- La aplicabilidad de los requisitos al ejercicio del derecho de retracto del artículo 1.535 del CC.
- Criterio jurisprudencial vigente en la materia.

Solución

El artículo 1.535 del Código Civil (CC) 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.

La interpretación jurisprudencial de esta figura es bastante uniforme en lo que se ha dado en llamar la *noción estricta o restringida* del crédito litigioso.

La STS, de la Sala 1.^a, 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 aquel 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 (NCJ048866) declaró que, a efectos del artículo 1.535 del CC, se consideran créditos litigiosos:

Aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904), 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 (NCJ059807) ratificó dicho concepto y declaró que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando este 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 artículo 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 (NCJ064306).

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 artículo 1.535 del CC establece el día inicial desde el que puede considerarse que un crédito es litigioso (desde que se conteste a la de-

manda, 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 artículo 1.535 del 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 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 artículo 1.535 del 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 artículo 1.532 del CC, cuestión directamente relacionada con el segundo motivo del presente recurso.

Pues bien, 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 apoyan los que niegan la aplicabilidad del artículo 1.535 del 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, otros invocan 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 aquella, 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 se infiere que la calificación del «crédito litigioso», en el sentido en que esta locución es empleada por el artículo 1.535 del 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 1903 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.

A partir de las anteriores consideraciones, cabe afirmar que 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 artículo 1.112 del 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 artículos 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 solo 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. 1.535 y 1.536 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 artículo 1.535 del CC es excepcional, integrando una norma especial o privilegiada, resulta también de las siguientes consideraciones:

1.º Frente al régimen general del artículo 1.157 del 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 artículos 1.166 y 1.169 del 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 artículo 1.127 del 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 artículo 1.535 del 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 concurren las circunstancias que determinan la aplicabilidad de la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo artículo 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 artículo 1.535 del CC no limita su ámbito de aplicación a la protección de la vivienda habitual ni a personas físicas en riesgo de exclusión social.

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 artículo 1.535 del 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), «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 ahorros».

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 ahorros, 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 artículo 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 artículo 1.535 del CC en el caso de cesión de créditos litigiosos a la sociedad de gestión de activos.

A la luz de las anteriores consideraciones debemos ratificar el concepto de crédito litigioso que ha venido ofreciendo reiteradamente la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo desde la clásica Sentencia de 14 de febrero de 1903, 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, de considerar como tal «crédito litigioso» aquel 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 [...]». O dicho en otros términos, son créditos litigiosos «aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904), 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 ([NCJ048866])).

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 artículo 1.535 del 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 ni a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de obligaciones derivadas del préstamo (devolución de capital conforme al régimen de amortización pactado y pago de los intereses remuneratorios calculados sin la citada limitación).

La conclusión jurídica solo puede ser una: el hecho de que se interponga una demanda para declarar la nulidad de la cláusula suelo integrada en un préstamo hipotecario no convierte al propio préstamo en un crédito litigioso a los efectos de la acción de retracto del artículo 1.535 del CC.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art 1.535.
- SSTs, Sala 1.^a, de 16 de diciembre de 1969, 31 de octubre de 2008, 1 de abril de 2015 y 13 de septiembre de 2019.