

Cessió de crèdits litigiosos i protecció del deutor cedit

Aspectes rellevants per a una futura regulació en el Llibre VI del Codi civil de Catalunya

Gemma Rubio Gimeno

Professora agregada de Dret Civil
Universitat de Barcelona

Abstract

Sovint una activitat econòmica nova o objecte d'explotació més o menys intensiva en un moment donat, posa a prova la literalitat de les normes i estimula la inquietud dels operadors jurídics per forçar-ne l'aplicació més enllà dels marges que una interpretació coherent i sistemàtica de l'ordenament permet. Aquesta inquietud s'intensifica en els casos en els que l'aplicació del dret incideix en temes de marcat caràcter social. És precisament això el que s'ha esdevingut amb l'aplicació del remei que preveu l'art. 1535 Cce arran de la cessió global de crèdits per preus manifestament allunyats del nominal del dret, especialment en aquells supòsits en els que el crèdit cedit ha estat garantit amb una hipoteca sobre l'habitatge habitual. Cal palesar, però, que es tracta, en la majoria de casos, de crèdits hipotecaris de cobrabilitat dubtosa.

Cal, doncs, precisar, quin és l'abast de l'art. 1535 Cce i plantejar-se si la seva aplicació extralimitada i contrària a la lliure circulació dels drets de crèdit és admissible i fins i tot convenient. Dos són els principals esculls a aquesta aplicació en el casos concrets que s'han examinat: d'una banda, la manca de litigiositat del crèdit incorporat a un títol executiu; de l'altra, la indeterminabilitat del preu de la cessió en els casos de cessió global de crèdits.

Les propostes de dret contractual europeu i també les que des d'aquí s'hi han emmirallat, ometen la incorporació de cap figura anàloga al retracte de crèdits litigiosos ex art. 1535 Cce. Probablement la resposta més adequada al tema suscitat no ha de passar per una generalització d'aquest remei a tota cessió de crèdits, sinó per una restricció de la norma tuitiva en clau de protecció del consumidor i més enllà, de qualsevol particular, en matèria d'habitatge habitual. El legislador català ha estat ja sensible a aquesta qüestió i el Llibre VI del Codi civil de Catalunya podria emplaçar, finalment, la norma protectora, actualment suspesa.

Sometimes, a new economic activity or an activity that is being exploited in an intensive way during a period, puts to test the literal meaning of regulations and stimulates the legal operators' curiosity, in order to apply (these regulations) in cases where a systematic and coherent interpretation would not, in a first impression, permit. This curiosity can be more intense in social issues. An example of that can be seen in the remedy of the article 1535 of the Spanish Civil Code because of the global assignment of credits for a grossly prize so away of the nominal right, especially in cases where the assigned credit had been granted with a mortgage on the habitual residence. However, we must highlight that most of the cases are mortgage credits of doubtful collection.

Therefore, we must reflect on the 1535 boundaries and we should ask ourselves if this overuse of the legal article, contrary to the free movement of credits, is acceptable. The most important disadvantages of this exceed are two: on the one hand, the lack of litigation of the credit added in an enforceable right; on the other hand, the indeterminacy of the assignment prize in cases of global assignment of credits.

* En record de la Dra. Maria Rosa Llàcer, estimadíssima i enyoradíssima companya i referent acadèmic per sempre.

** Aquest treball s'inscriu en el marc de les activitats del Projecte de recerca DER 2012-32667 del Ministerio de Economía y Competitividad "La nueva contratación privada: diseño y codificación de instrumentos reequilibradores en contextos de asimetría negocial", que s'integra en la línia de recerca sobre "Contractació i consum" del Grup de Recerca Consolidat en Dret Privat, Consum i Noves Tecnologies (GREDINT 2014-SGR 688).

Not only the new proposals of the European contract law but also the National proposals omit the incorporation of an instrument similar to the right to repurchase litigious credits ex art. 1535 of the Spanish Civil Code. Probably, the right answer to this question should not be the generalization of that remedy in every assignment of credits; it should be restricted as a new mechanism of consumer protection on the habitual residence issue. Catalan legislator has been sensitive on this question and the Book VI of the Catalan Civil Code will be able to place, finally, the protective norm, which is nowadays suspended.

Title: Assignment of litigious credits and protection of the assigned debtor (Relevant aspects for a future regulation under the Book VI of the Catalan Civil Code)

Keywords: Assignment of litigious credits, habitual residence, repurchase, consumers protection

Paraules clau: Cessió de crèdits litigiosos, habitatge habitual, cessió alçada de drets, retracte, protecció dels consumidors

Sumari

1. Introducció
2. El retracte anastasià: la facultat del cessionari d'extingir el crèdit cedit pel preu de la cessió
 - 2.1. Facultat solutòria o retracte?
 - 2.2. El dret litigiós objecte del retracte
 - 2.3. L'extensió de la litigiositat: litispendència i contestació sobre el fons
 - 2.4. Subjectes legitimats per a exercitar el retracte
3. Retracte de crèdits litigiosos i repressió d'un guany èticament reprovable
 - 3.1. La transmissibilitat dels drets
 - 3.2. Litigiositat del crèdit i devaluació econòmica
 - 3.3. Guany excessiu *per se* o exercici extemporani del dret
 - 3.4. Les excepcions a l'aplicació del retracte: l'interès qualificat del cessionari en l'adquisició del crèdit
4. Retracte en cas de cessió d'un conjunt alçat de crèdits
 - 4.1. Indeterminabilitat del preu d'adquisició de cada crèdit singular?
 - 4.2. Constància de la cessió i successió processal
5. Aspectes rellevants per a una proposta de regulació en el futur Llibre VI del Codi civil de Catalunya
 - 5.1. L'allotjament sistemàtic del retracte de crèdits litigiosos
 - 5.2. Cap a una regulació actualitzada del retracte de crèdits litigiosos en el CCCat
 - 5.3. El cas particular de la cessió de crèdits garantits amb l'habitatge habitual
6. Bibliografia
7. Taula de jurisprudència citada

1. Introducció

L'art. 1535 Cce ha suscitat un renovat interès en l'àmbit jurisprudencial, especialment en el context de la jurisprudència menor, arran de la reclamació més o menys extemporània de crèdits, principalment hipotecaris i per tant, incorporats a un títol executiu, per part dels seus cessionaris –sovint fons d'inversió– que els han adquirit en carteres per un preu alçat manifestament irrisori en relació al nominal de cada crèdit cedit. Sovint es tracta de crèdits en situació d'incompliment. Alguns d'aquests supòsits comporten haver de rescatar causes arxivades per a atendre la sol·licitud de subrogació processal en el plet a fi de permetre la reclamació de compliment a l'empara del crèdit cedit. La diferència freqüent entre el preu de venda del crèdit i el seu nominal es xifra a l'entorn del 90%². Una situació similar, encara que amb un menor impacte econòmic, s'esdevé quant a reclamacions vinculades a serveis de telecomunicacions. En ambdós casos s'afegeix a l'element tuitiu objectiu que orienta l'art. 1535 Cce, l'element tuitiu subjectiu relatiu a la protecció de tota persona consumidora per raó de la finalitat adquisitiva particular o domèstica que va donar lloc al crèdit cedit. I mentre algun sector doctrinal considera que la norma ha sofert una desactualització sobrevinguda atès que l'escrúpol contra l'especulació que la fonamentava en el segle XIX no té un encaix avui en dia³, d'altres reclamen la seva aplicació més enllà del que la literalitat de la norma permet⁴ i fins i tot es plantegen l'eventual inconstitucionalitat de la norma pel fet que el seu redactat no protegeix adequadament els interessos dels consumidors⁵.

Les qüestions principals que es plantegen en els casos esmentats es relacionen amb el caràcter litigiós o no del dret, la determinació del preu pel qual s'ha cedit cada crèdit singularment considerat i la possibilitat de recórrer a l'anomenat retracte de crèdits litigiosos reconegut en aquell article com a recurs relacionat amb un criteri d'equitat i de repressió d'un guany jurídicament lícit però socialment no ètic. Cal examinar si l'art. 1535 Cce, o la proposta d'una norma assimilada en el Codi civil de Catalunya, és el remei adequat al problema plantejat o són d'altres els recursos més idonis per a donar resposta a un exercici potser abusiu del dret de crèdit. Cal evitar en tot cas, el risc d'alterar substancialment les categories conceptuais que defineixen les institucions com en els casos en el que s'ha considerat com a litigiosos drets que clarament no ho són o s'ha justificat l'apreciació d'ofici d'una situació de prescripció⁶. També cal evitar una restricció injustificada a la regla de la lliure transmissibilitat dels drets i en aquest sentit, propostes privades de reforma del dret d'obligacions, seguint els models harmonitzadors

² SOLER, 2015, pàg. 3 i ss.

³ ROMERO, 2010, pàg. 6.

⁴ SOLER, 2015, pàg. 19.

⁵ Qüestió d'inconstitucionalitat interposada pel Jutjat de primera instància núm. 38 de Barcelona mitjançant Interlocutòria de 02.02.2016. Es fa difícil considerar que l'art. 1535 Cce, en relació als arts. 17 i 540 LEC, pugui resultar inconstitucional per eventual col·lisió amb els arts. 14, 51.1 i 53.3 CE pel sol fet de tenir un àmbit d'aplicació que el jutgador considera insuficient, sobretot tenint en compte el contingut normatiu merament orientador i precisat de desenvolupament de l'art. 51 CE.

⁶ A partir de considerar que l'exigibilitat del deute en el procés monitori *ex art.* 812 LEC és un requisit l'absència del qual és apreciable d'ofici i que exigibilitat aquesta no concorre en cas que hagi transcorregut el termini de prescripció legalment previst. GIMÉNEZ, 2015, pàg. 3.

europèus, principalment l'art. III.-5:101 i ss. DCFR, han exclòs tota facultat del deutor d'extingir el crèdit satisfent el preu de la cessió⁷.

2. El retracte anastasià: la facultat del cessionari d'extingir el crèdit cedit pel preu de la cessió

En aplicació de l'art. 1535 Cce, en cas de venda d'un crèdit –després valorarem si només és aplicable a les cessions de crèdits o també s'ha d'estendre a d'altres drets- litigiós, el deutor tindrà la facultat d'extingir el dret tot reembossant al cessionari el preu que va pagar, les costes ocasionades i els interessos del preu des del dia del seu pagament. D'aquesta manera, es frustra el guany projectat pel cessionari en benefici d'un interès que es considera prevalent, que és el del deutor cedit quan el dret cedit revesteix la qualitat de dubtós, de litigiós.

La institució té el seu origen en les lleis romanes 22 i 23, títol 35, Llibre 4 del *Codex* que incorporen respectivament la Constitució *Per Diversas*, dictada per l'emperador Anastasi l'any 506 i la Constitució *Ab Anastasio*, dictada per Justinià a fi de confirmar la constitució anterior i resoldre els fraus que les excepcions previstes en la primera norma havien comportat en la pràctica⁸. En aquestes normes s'establia de manera general que qui comprés un crèdit només adquiria acció per reclamar el preu que hagués pagat per la seva adquisició. Les esmentades normes s'aplicaven a drets que no fossin litigiosos atès que el dret romà prohibia l'alienació dels drets sotmesos a judici (principalment en *Codex* 8, 37, 2 y 4)⁹; en elles es feia al·lusió als “compradors de litigis” –*redemptores litium*- perquè allò que es reprimia era la compra a baix preu de crèdits legítims o certs amb voluntat d'iniciar un plet i reclamar implacablement el deute¹⁰.

L'evolució posterior de la institució, especialment a França, amb la incorporació al *Code* (arts. 1699 a 1701) i la reproducció de la norma francesa en el Codi civil espanyol, passada prèviament pel sedàs del projecte de 1851, va conduir a reduir l'àmbit d'aplicació del recurs a la cessió de drets litigiosos i per tant, no essent aplicable ja a la cessió de drets no sotmesos a controvèrsia¹¹. No obstant, alguns ordenaments, com el navarrès van mantenir l'àmbit originari de la norma romana i així, la Llei 511 de la Compilació del Derecho civil foral de Navarra reconeix la facultat d'alliberament del deutor en qualsevol supòsit de cessió onerosa del crèdit. Veurem més endavant que aquesta norma ha estat objecte d'adopció pel legislador català però restringint la

⁷ Vegi's la regulació continguda en l'art. 514-1 i ss. de la Proposta de regulació dels Llibres V i VI del Codi civil espanyol elaborada per l'Associació de professors de dret civil (2015), recentment editada per Tirant lo blanch (2016).

⁸ RUBIO, 1995, pàg. 44 i ss.

⁹ ARIAS, 1933, pàg. 24 i ss. i entre nosaltres HOMS, 1901, pàg. 273.

¹⁰ NAVARRO, 1988, pàg. 43.

¹¹ BONFANTE, 1946, pàg. 416.

seva aplicació a les cessions de crèdits garantits amb habitatge habitual¹². Val a dir que la previsió navarresa qüestiona indirectament la transmissibilitat del dret de crèdit *ex art.* 1112 Cce atès que exerceix un control d'aplicació general sobre la seva lliure circulació¹³, mentre que la catalana respecta aquella circulació i el principi de lliure contractació i només en limita una manifestació concreta amb motiu d'un interès digne de protecció superior. En aquest sentit, el Tribunal Suprem ha posat de manifest una conclusió òbvia i és que el guany obtingut pel cessionari en cas de cessió de crèdit no es pot titllar d'injust amb independència del preu que s'hagi pagat pel dret (STS, 1a, 30.04.2007).

2.1. Facultat solutòria o retracte?

L'art. 1535 Cce literalment reconeix al deutor el dret a extingir el crèdit que ha estat objecte de cessió pendent el procediment judicial pagant determinades quantitats.

La doctrina s'ha referit sovint a la figura com un mal anomenat retracte principalment pel fet de considerar que no hi ha subrogació en la posició del cessionari, sinó mera extinció del dret¹⁴. La STS, 1a, 31.10.2008 també nega, encara que *obiter dicta*, el caràcter retractual a la figura.

L'avantatge evident per al deutor de què no es consideri un retracte, és que no se li exigeixi la consignació judicial del preu d'adquisició del crèdit al moment d'exercitar el dret com a requisit de procedibilitat del retracte *ex art.* 403 LEC (SAP de Madrid, 12a, 26.06.2014).

Si configurem la facultat del deutor cedit com a facultat solutòria¹⁵ o com a supòsit legal d'obligació alternativa¹⁶, de manera coherent haurem de restringir la seva aplicació a drets de crèdit i aquesta, com veurem tot seguit, no és l'opció doctrinal majoritària ni tampoc la que resulta de la doctrina jurisprudencial; o bé caldrà plantejar dues naturaleses jurídiques diferents en funció del caràcter del dret cedit. En tot cas, caracteritzat el dret d'extingir el crèdit que reconeix l'art. 1535 Cce com a facultat solutòria, caldrà descendir a quina sigui la concreta conducta designada en la prestació per entendre de quina manera s'esdevindrà el seu compliment, atès que sigui com sigui, el deutor no realitza exactament aquesta conducta. Si es tracta d'una prestació pecuniària, es pot parlar d'una reducció de la prestació consistent en la

¹² Confronti's la literalitat de la Llei 511 CDCFN (El acreedor puede ceder su derecho contra el deutor, pero cuando la cesión sea a título oneroso, el deutor quedará liberado abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito) i la Disposició Addicional de la Llei 24/2015, del 29 de juliol, de mesures urgents per a afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica (DOGC n° 6928, de 5.8.2015), actualment suspesa arran de l'admissió a tràmit de la qüestió d'inconstitucionalitat núm. 2501-2016 (BOE núm. 134, de 3 de juny de 2016), ("En la cessió de crèdits, el creditor pot cedir el seu crèdit contra el deutor si el crèdit ha estat garantit amb l'habitatge del deutor i aquest és un consumidor. Si la cessió és a títol oneros, el deutor resta alliberat del deute abonant al cessionari el preu que aquest ha pagat més els interessos legals i les despeses que li ha causat la reclamació del deute.").

¹³ Ho nega MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1994, pàg. 9 i ss. enfront les crítiques d'autors com NAVARRO, 1988, pàg. 67.

¹⁴ DE CASTRO, 1953, pàg. 263, nota al peu núm. 10. En el mateix sentit, COCA, 1988, pàg. 61.

¹⁵ Díez-PICAZO (2008), pàg. 989.

¹⁶ MARCO, 2010, pàg. 1677. També, MARTÍNEZ VELENCOSO, 2016, pàg. 324.

diferència entre el valor del nominal més interessos i el preu de la cessió més els conceptes a reembossar segons el precepte. Es tractaria d'una condonació parcial del deute establerta per la llei. Si la prestació objecte de la reclamació del creditor cessionari designa una conducta diversa a la del lliurament d'una quantitat de diners, l'expedient de la reducció de la prestació deixarà de servir-nos i aleshores caldrà considerar que davant la manca de coincidència entre la conducta alliberadora i la designada en la prestació, ens trobarem davant un supòsit de dació en pagament *ex art. 1166 Cce*.

La dificultat d'aquest plantejament sorgeix principalment del fet que l'art. 1535 CCE contempla dos drets de crèdit diversos: un primer crèdit nascut entre cedent i cessionari que és objecte de cessió i que pot consistir en el dret a reclamar qualsevol conducta possible i un segon crèdit pel reembossament de certes quantitats arran de l'exercici de la facultat legal reconeguda en el precepte. El pagament d'aquestes quantitats no suposa compliment del crèdit cedit, sinó del crèdit de reembossament. Per tant, no hi ha facultat solutòria en l'art. 1535 Cce atès que el cessionari no obté satisfacció del dret de crèdit adquirit. L'efecte extintiu i no adquisitiu del dret, al qual s'al·ludeix per negar la naturalesa retractual del dret *ex art. 1535 Cce*, no constitueix en realitat cap impediment, donat que l'adquisició s'esdevé, si bé la correlativa extinció es produeix per confusió¹⁷ o consolidació del dret –cas que s'apliqui el recurs a una cessió d'un dret real sotmès a litigi–.

Concorre així, com és propi dels drets de tanteig i retracte, un tercer adquirent, que queda exclòs de la relació, i la igualació per part del titular de la preferència adquisitiva de les condicions pactades amb el cessionari a fi de poder fer efectiu aquell desplaçament¹⁸. Addicionalment i com és característica dels drets de retracte d'origen legal, concorre un interès supraindividual específic que fonamenta la concessió de la preferència adquisitiva; es pretén preservar el tràfic jurídic enfront els que es dediquen professionalment a l'adquisició a baix preu de crèdits litigiosos i alhora, la finalització de processos pendents, entorn els quals es pugui afavorir un mercadeig pernicios. També la naturalesa de l'obligació de reembossament que s'imposa al titular del dret encaixa amb la que és pròpia de tot retraient¹⁹ (art. 1518 Cce). L'objecte de l'adquisició ho és, a més, un dret litigiós i per tant, que pot ser de dubtosa existència si és això el que precisament es ventila en el plet, essent també dubtós des d'aquest punt de vista l'objecte de l'adquisició però no l'adquisició en sí mateixa. L'exercici del dret de retracte impedirà justament que el dubte sobre el dret es resolgui²⁰.

Finalment, discrepem dels qui aproximen la figura de l'art. 1535 Cce a un supòsit de transacció judicial per evitar recórrer a la institució del retracte. El resultat material d'una i altra figura és

¹⁷ BADOSA, 1990, pàg. 340, configura el supòsit de l'art. 1535 Cce com un cas de concurrència de titularitats sobre les posicions jurídiques subjectives de crèdit i deute provocada pel titular. És l'adquisició a títol particular del crèdit per part del deutor allò que provoca l'extinció de l'obligació per confusió.

¹⁸ BOSCH, 2008, pàg. 12 i ss.

¹⁹ BADOSA, 1990, pàg. 340.

²⁰ MARSAL, 2009, pàg. 1107, justament es planteja quin hauria estat l'escenari possible en la resolució de la controvèrsia si no s'hagués exercitat el retracte i el plet hagués finalitzat mitjançant una sentència sobre el fons.

probablement el mateix, però en el cas de la transacció ens trobem davant un contracte entre deutor i cessionari, element negocial que no és present en el cas de l'art. 1535 Cce.

2.2. El dret litigiós objecte del retracte

L'esmentada STS, 1a, 31.10.2008 va establir doctrina en el sentit d'estendre l'aplicació de l'art. 1535 a tot dret i acció individualitzat i transmissible –en el cas examinat, la cessió requeia sobre una expectativa de dret a unes accions societàries i els seus dividendes-. La sentència es fa ressò, sense referenciar-la, a la doctrina civilista majoritària, tot i que en realitat, la discussió en l'àmbit doctrinal no ha al·ludit a l'extensió de l'art. 1535 Cce a tota acció creditícia, no només pecuniària, que és el que ocupa a la decisió del tribunal²¹, sinó sobretot a la seva aplicació també a les cessions de drets reals²².

La norma es refereix només a "crèdits" però és relativament fàcil argumentar que el seu supòsit de fet no es restringeix, malgrat la literalitat de la norma, a les cessions de crèdits litigiosos. Una de les raons que es poden adduir és la relativa a la finalitat de la norma orientada a la repressió d'un guany èticament qüestionable i que es compleix sigui quina sigui la naturalesa del dret. Tanmateix, aquest raonament també conduiria a aplicar el remei a drets que no fossin litigiosos i incrementaria inassumiblement la inseguretat jurídica en l'aplicació de la norma. Ara bé, hi ha altres arguments que poden servir en aquesta direcció interpretativa com ho són la ubicació sistemàtica del precepte dins el Capítol de la Cessió de crèdits i altres drets incorporals o les expressions emprades en l'art. 1536 Cce per a excepcionar el retracte reconegut en l'article precedent.

En efecte, sembla que si el legislador hagués volgut restringir l'aplicació del retracte als drets de crèdit, hagués situat la seva regulació en la primera part del capítol, juntament amb la normativa que s'ocupa de la cessió dels drets d'aquesta mena (arts. 1526 a 1530 Cce) i no al final del capítol, després de la regulació de la venda d'herència (arts. 1531, 1533 i 1534 Cce) i de la venda d'un conjunt alçat de béns i drets (art. 1532 Cce), si bé és cert que la regulació de les dues matèries en un mateix capítol provoca certa inèrcia terminològica en el legislador. Alhora, l'art. 1536 Cce usa, ara sí, l'expressió dret cedit i no crèdit cedit, la qual cosa es pot interpretar en el sentit corrector esmentat.

2.3. L'extensió de la litigiositat: litispèndia i contestació sobre el fons

Donada la tipicitat del supòsit de fet contemplat per l'art. 1535 Cce, la cessió d'un dret litigiós, cal precisar com es concreta aquesta litigiositat i fins a quin moment s'estén. No n'hi ha prou amb l'existència d'un dubte intrínsec sobre el dret, sinó que aquest dubte s'ha d'haver expressat mitjançant una demanda i una contestació sobre el fons del dret. Són per tant, dos, els requisits

²¹ Aquesta accepció tan restringida va ser la que va donar la STS, 1a, 02.02.1952 (Ar. 476; MP: Saturnino López Peces). DE CASTRO, 1953, pàg. 262 i ss., critica la impropietat d'un concepte tan restringit del dret de crèdit.

²² Com proposava GARCÍA GOYENA, 1852, pàgs. 773 i 774, amb ocasió del comentari a l'art. 1466 del Projecte de CC de 1851, pàg. 436 i tal com queda recollit en el *Code* francès que utilitza l'expressió genèrica *droits litigieux*.

que s'exigeixen per a poder apreciar la situació de litigiositat: la litispendència i la contestació sobre el fons que posa en dubte l'existència o la titularitat del dret (*ex art. 1529 Cce*).

La dificultat que es planteja en forma de dubte arran del fenomen descrit de cessió alçada de determinades carteres de crèdits, a banda del que comentarem relatiu a l'activació o no de preferències adquisitives singulars en cas de transmissió d'una universalitat, és la de si la qualitat de litigiós i per tant, l'activació de la preferència adquisitiva, es pot aplicar a drets que són objecte d'una execució pel fet d'estar incorporats a un títol executiu, judicial o no.

Així mateix, la litigiositat que permet recórrer al recurs contingut en l'art. 1535 Cce ha d'enfrontar a creditor i deutor. En efecte, la seqüència pressupòsit de la facultat que es reconeix en la norma comporta que entre creditor cedent i deutor cedit existeixi un plet relatiu a l'existència o legitimitat del dret i que amb posterioritat a l'inici d'aquest plet entre ambdues parts de la relació creditícia, el creditor cedeixi el dret de crèdit. Si no existeix cap plet que impliqui a creditor i deutor, sinó a un tercer, no serà possible per part del deutor exercitar la facultat reconeguda d'extingir el dret que el subjecta (vegi's la SAP de Madrid, 12a, 18.02.2015).

a) Situació de litispendència. Pel que fa al requisit de la litispendència, l'art. 410 LEC en delimita la concurrència que s'esdevé pendent el procediment judicial a partir de la presentació de la demanda i sempre que aquesta sigui admesa a tràmit i fins que la sentència que resolgui el tema esdevingui ferma o s'extingeixi el procediment per alguna altra raó. Segons estableix la jurisprudència del Tribunal Suprem (vegi's STS, 1a, 11.06.2007; STS, 1a, 11.03.2011 o STS, 1a, 13.03.2012), són tres els requisits exigits per concloure que concorre litispendència: en primer lloc, la identitat de les parts o identitat subjectiva; en segon lloc, la identitat de l'objecte del procés o identitat objectiva, i en tercer lloc, la pendència d'autèntics processos, per a la qual cosa es requereix que s'hagin interposat demandes que hagin estat admeses a tràmit. Ens interessa especialment aquest tercer element. Cal palesar que la litispendència en l'àmbit processal té la finalitat d'evitar que es dictin dues resolucions contradictòries i és per això que l'excepció de litispendència coincideix, en la seva fonamentació i finalitat, amb la de la cosa jutjada: en el cas de la litispendència, l'objectiu és impedir la tramitació simultània de dos processos sobre el mateix objecte i en el cas de la cosa jutjada, també es vol impedir el resultat contradictori en el supòsit que l'objecte del nou procediment ja hagués estat decidit en un procés anterior. Per tant, la litispendència des d'aquest punt de vista, sempre posa en relació dos procediments i així respecte d'una execució iniciada, es pot oposar l'existència d'un procediment declaratiu no conclòs sobre el mateix objecte. El nostre estudi pren en consideració un concepte de litispendència aïlladament referit a un procediment i a fi de considerar si el dret que ha estat objecte de cessió forma part o no d'una controvèrsia actual al temps de la cessió.

D'altra banda, sense cap mena de dubte, la noció de litigiositat és aplicable a les qüestions sotmeses a arbitratge (art. 2, 9, 11 i 36.2 de la Llei d'arbitratge) i l'inici de la situació de litispendència s'ha d'establir, en aplicació de l'art. 27 LA, en la data en la que el demandat hagi rebut el requeriment de sotmetre la controvèrsia a arbitratge. Cal precisar doncs, que la mera existència d'un conveni arbitral entre les parts no permetrà exercitar el retracte en cas de cessió.

Si es tracta d'un arbitratge de consum sotmès al RD 231/2008, de 15 de febrer, pel qual es regula el Sistema Arbitral de Consum (BOE núm. 48, de 25 de febrer de 2008), la situació de litispèndia resultarà de l'acord d'inici acordat per resolució del President de la Junta Arbitral de consum corresponent i que seguirà un tràmit o un altre en funció de l'existència o no d'una oferta pública d'adhesió al sistema arbitral que coincideixi amb l'objecte de la reclamació (art. 37.3 RD).

b) Contestació sobre el fons del dret. A diferència d'altres normes que s'ocupen de la qualitat litigiosa del bé o dret en l'ordenament civil, com l'art. 1291.4t o 1459.5è Cce, que només demanen una mera situació de litispèndia, l'art. 1535 Cce exigeix, a més, contestació a la demanda. Ara bé, el tema que no resol l'art. 1535 Cce és quin hagi de ser el contingut d'aquesta contestació, és a dir, si qualsevol al·legació converteix en litigiós el dret objecte del plet o si cal l'existència d'una controvèrsia sobre el fons del dret, tal com exigeix el precedent francès (art. 1700 Code).

Un criteri possible seria el de considerar que atès que la norma no distingeix, no cal exigir un especial contingut en l'escrit de contestació i que l'oposició d'excepcions merament processals converteix el dret en litigiós²³ i per tant, objecte del retracte en cas de cessió. Cal objectar a aquesta opinió que els ordenaments que, com el nostre i el francès, han conservat el retracte de crèdits litigiosos preserven en tot moment el tràfic normal sobre els drets i per tant, estableixen una frontera clara entre aquest tràfic i el que recau sobre drets sotmesos a controvèrsia. És evident que no hi ha controvèrsia sobre un determinat dret per la mera pèndia d'un procés i així resulta sense discussió del pressupòsit de l'art. 1535 Cce però perquè la contestació doni per resultat una controvèrsia entre les parts és necessari que el demandat s'oposi a la tutela sol·licitada pel demandant²⁴. En la demanda, el demandant fa afirmació d'un determinat dret i la contestació que el converteix en litigiós és la que s'oposa a aquella afirmació i en relació a l'existència o titularitat del dret *ex* art. 1529 Cce. En definitiva, el demandat s'ha de resistir a la pretensió del demandant bé perquè sostingui que el dret no ha existit en cap moment, bé perquè el demandant no és el seu titular, bé finalment perquè el dret no subsisteix a causa de la seva extinció.

No obstant, i com hem introduït, el tema que s'ha plantejat de manera recent arran de les cessions d'un conjunt alçat de crèdits de cobrabilitat dubtosa és el de si la litigiositat del dret es pot considerar subsistent en casos en què el dret es trobi en seu d'un procediment d'execució.

D'entrada sembla força clar que amb caràcter general, en aquesta situació processal no subsisteix la litigiositat del dret. El dret en fase d'execució és més que mai un dret incontrovertit, molt més que ho estava abans d'arribar a aquest punt. L'única cosa que és dubtosa és la solvència del deutor per fer front al deute però això no el converteix en litigiós. La conclusió és rotunda en el cas que l'execució provingui d'un procediment ordinari en el que hagi estat declarat el dret però mereix alguna consideració addicional en els casos d'execució de títol no judicial. El cert és que

²³ GARCÍA CANTERO, 1982, pàg. 702.

²⁴ En la STS, 1a, 16.12.1969, s'al·ludeix al concepte de crèdit litigiós en sentit restringit i tècnic com a objecte al qual es refereix l'art. 1535 Cce i per tant, atribuït al sotmès a un procés declaratiu.

els drets incorporats a títol executiu gaudeixen d'un fonament legal de certesa quant a la seva existència i contingut²⁵ i per tant, difícilment podrem considerar que ens trobem davant un dret controvertit.

Tot i això, es pren en consideració la distinció que en seu de procediment d'execució cal fer entre títols judicials o no judicials per a concloure que en el cas de títols no judicials és possible mantenir el qualificatiu de litigiós si es planteja una oposició a l'execució basada en motius de fons (SAP de Madrid, 12a, 18.02.2015, FD 16). En realitat, la possibilitat de plantejar una oposició de fons a l'execució a l'empara per exemple, de causes com la relativa a l'abusivitat de la clàusula contractual que fonamenta l'execució (art. 557.1.7a LEC) -introduïda per la Llei 1/2013, de 14 de maig-, no converteix en litigiós el dret de crèdit exercitat²⁶, atès que no hi ha un procediment entaulat adreçat a dirimir la qüestió i simplement suposa que el deutor pugui fer valer el seu dret d'oposició que es resoldrà via incident en el propi procediment d'execució (art. 695 LEC), tal com podria fer amb qualsevol altra excepció al compliment, també al·legada en aquesta seu -pagament, compensació, prescripció, etc.-.

S'argumenta en aquests casos que cal fer una interpretació de la norma adequada a la seva finalitat -evitar un tràfic especulatiu entorn els drets- i que aquest tràfic especulatiu troba en l'actualitat un entorn propici en les vendes de carteres de crèdits "judicialitzats" que, atès el benefici manifestament excessiu que s'obtindrà en cas de cobrament íntegre, causen un perjudici en el deutor²⁷. En realitat, és difícil admetre que l'exigibilitat del deute comporti un perjudici pel deutor; el perjudici pel deutor s'identifica amb la pèrdua d'excepcions oposables a la reclamació i d'evitar això se n'ocupa l'art. 1527 CCe.

El que s'esdevé en realitat, és que sovint es tracta de crèdits d'improbable cobrament considerat el seu nominal més interessos meritats, però en canvi, sí serien cobrables en cas d'una "condonació" substancial equivalent al sacrifici econòmic que ha assumit el creditor al cedir-los. Així, el retracte de crèdits litigiosos, aplicat en aquests casos, suposaria un bona esclatxa per a aconseguir un *fresh-start* per aquests deutors insolvents que addicionalment poden haver perdut el seu habitatge en el procés d'execució hipotecària, previ a l'execució iniciada per a la reclamació de l'import no cobert per aquella. Pensem però, que si s'accepta aquesta extensió del concepte litigiós, seran d'altres les fórmules que s'empraran per a la reclamació de crèdits en la situació descrita i que no passaran per la transmissió del dret, sinó només per l'encàrrec de la gestió de cobrament, amb participació del mandatari o factor sobre el guany finalment obtingut en cas de pagament. I sigui com sigui, la cessió del dret suposarà, aleshores, per al deutor un règim privilegiat pel que fa a la seva responsabilitat patrimonial universal clarament diferenciat

²⁵ MOLERO, 2015, pàg. 150.

²⁶ Així ho explicita la pròpia exposició de motius de la Llei 1/2000, de 7 de gener, de Enjudiciament Civil (BOE n° 7, de 8.1.2000): "Se trata, como es fácil advertir, de un elenco de causas de oposición más nutrido que el permitido en la ejecución de sentencias y otros títulos judiciales, pero no tan amplio que convierta la oposición a la ejecución en una controversia semejante a la de un juicio declarativo plenario, con lo que podría frustrarse la tutela jurisdiccional ejecutiva."

²⁷ SOLER, 2015, pàg. 19.

respecte del que subjectarà al deutor el crèdit enfront el qual no hagi estat objecte de cessió²⁸.

2.4. Subjectes legitimats per a exercitar el retracte

L'art. 1535 Cce atribueix la facultat d'extingir el dret cedit, al "deutor". En virtut de l'art. 1528 Cce, la cessió haurà comportat la transmissió de tots els drets accessoris, paradigmàticament les garanties personals²⁹. Cal aleshores determinar si els obligats per la garantia poden exercitar el dret.

Com sabem, la fiança dóna lloc a una pluralitat d'obligacions que tenen per objecte una única prestació, atès que la prestació a la que s'obliga el fiador s'estableix *per relationem* respecte l'obligació del deutor principal³⁰. Alhora i per aquest motiu, sigui subsidiària o solidària la fiança, el fiador pot oposar al compliment no només les excepcions pròpies, sinó també les que resultin de l'obligació principal (1853 Cce). S'aprecia en canvi, que el fiador no pot oposar com a excepcions, "contraaccions" que derivin de drets potestatus d'impugnació³¹. El dret de retracte compleix la condició de dret potestatiu però no adreçat a la impugnació del dret. A més, atesa la configuració de l'exercici del dret en clau d'excepció al requeriment de pagament del cessionari i la seva aproximació a una figura solutòria quan el dret cedit és un crèdit, resultaria plenament aplicable la previsió de l'esmentat art. 1853 Cce amb reconeixement a favor del fiador del dret de retracte previst per al cas de cessió de crèdit litigiós.

No podem, en canvi, estendre la legitimació a l'hipotecant no deutor ni al tercer posseïdor del bé hipotecat en els casos que es vulgui considerar que la cessió d'un crèdit hipotecari iniciat el procés d'execució és un crèdit litigiós³². En cap dels dos concorre la condició de deutor respecte del crèdit objecte de la cessió.

²⁸ Situacions diverses a la de la transmissió del dret ho són les situacions d'adjudicació a un tercer del bé objecte de la garantia, normalment hipotecària, que garanteix el compliment de l'obligació o de qualsevol bé integrant del patrimoni del deutor en compliment de la seva responsabilitat patrimonial universal. Alguns ordenaments com el navarrès amb caràcter general (*Del retracto gracioso*, Ley 451 de la Compilació del Derecho foral de Navarra) o el gallec només per a béns incorporats a una explotació agrària (*Del retracto de la graciosa*, arts. 95 a 98 de la Llei 2/2006, de 14 de juny, del dret civil de Galícia) preveuen el reconeixement de drets de retracte sobre el bé adjudicat a un tercer de resultes d'un procediment d'execució. En ambdós casos, cal entendre que amb subsistència del deute garantit per la part que romanguí impagada, un cop aplicats els llinars de cobertura del deute previstos a la LEC. No hi ha en aquests supòsits cessió del crèdit ni per tant, eventual retracte del deutor cedit amb la corresponent extinció del deute.

²⁹ Això no serà així, com posa de relleu SERRANO, 2015, pàg. 3 i ss., en el cas de la cessió de crèdits hipotecaris *ex art. 149 LH*, pel fet de ser una entitat financera un creditor singularitzat. La cessió comportarà un canvi de règim jurídic aplicable a les obligacions de les parts per raó de la identitat de cedent i cessionari, quan aquest no sigui també una entitat financera, que suposarà una novació extintiva de l'obligació anterior i de les garanties accessòries, i el sorgiment d'una nova obligació entre el cessionari i el deutor.

³⁰ BADOSA, 1990, pàg. 188 i ss.

³¹ CARRASCO, 2002, pàg. 178.

³² A favor d'atribuir legitimació per exercitar el retracte es mostra la SAP Madrid, 12^a, 18.02.2015.

3. *Retraete de crèdits litigiosos i repressió d'un guany èticament reprovable*

Com hem anat comentant, la justificació de l'art. 1535 Cce rau bàsicament en un retret moral sobre el guany lícit però moralment qüestionable que obté el cessionari d'un dret posat en litigi; el retret s'adreça, sobretot, a cessionaris professionalitzats que després de la cessió reclamen severament el dret. Com en els supòsits d'enriquiment injustificat, la licitud del negoci és compatible amb el caràcter injustificat de l'atribució³³, o adquisició en el nostre cas, i també com en un dels darrers casos examinats per la jurisprudència en aquesta matèria (STS, 1a, 13.02.2015³⁴), allò que es reprèn és una plusvàlua excessiva. La norma pretén la desincentivació d'una manifestació del tràfic jurídic i per tant, imposa una restricció a la lliure circulació del dret que ha de tenir un abast excepcional i ser compatible amb la norma general que n'admet la transmissió.

3.1. La transmissibilitat dels drets

El pressupòsit de fet de l'art. 1535 Cce planteja precisament la transmissió del crèdit per part del creditor que en té el poder de disposició i que entre condonar parcialment el crèdit al seu deutor o cedir el dret a un tercer per un preu inferior al nominal i obtenir en ambdós casos una satisfacció parcial del seu dret, opta per aquesta darrera.

És evident la funció de finançament que, entre d'altres, compleix la transmissió de crèdits donat que suposa un mitjà d'obtenció de liquiditat immediata respecte de crèdits no vençuts, en cas de solvència dubtosa, etc³⁵. En determinats àmbits, la cessió té un interès addicional com és el de "netejar" els balanços de la cedent per ajustar el valor dels actius al seu valor real³⁶. Les propostes d'ampliar a cessions de drets no pròpiament litigiosos o a cessions de determinats crèdits garantits amb l'habitatge habitual condueixen a imposar límits considerables a la regla general de la transmissibilitat dels drets que amb gran amplitud reconeix l'art. 1112 Cce. El perjudici de deutor que es vol palesar per a determinades situacions de cessió és difícilment aprehensible jurídicament, atès que per definició el deutor, a diferència del creditor, no té un interès que l'ordenament reconegui en la identitat i conducta de la persona del creditor.

D'altra banda, les parts en una relació obligatòria poden perfectament prohibir la cessió del crèdit i el DCFR reconeix expressament aquesta possibilitat (III.-5:108) *pacte tanmateix*, que rarament trobarem en un contracte d'adhesió celebrat amb un consumidor. En tot cas, for d'aquesta possibilitat, s'ha reiterar la lliure circulació dels drets *ex art. 1112 Cce*.

³³ MARCO, 2015, pàg. 22.

³⁴ La resolució introdueix la possibilitat de qualificar l'enriquiment injust el que obté aquell que ven una finca adquirida en adjudicació derivada d'execució hipotecària, amb subsistència de responsabilitat personal per la part no coberta de l'obligació incomplerta que ha donat lloc a l'execució, i obté, arran d'aquella venda, una plusvàlua considerable -excessiva- en un breu lapse de temps, malgrat que en el cas concret no s'apreciés la concurrència d'enriquiment injust.

³⁵ ORTI, 2010, pàg. 4.

³⁶ PÉREZ *et al.*, 2012, pàg. 45.

3.2. Litigiositat del crèdit i devaluació econòmica

La litigiositat d'un dret en devalua el valor econòmic que es fa imprecís³⁷.

Malgrat aquesta devaluació econòmica, fruit de la incertesa sobre l'existència o la titularitat del dret³⁸, el dret litigiós és un objecte possible del tràfic jurídic; només en determinats casos l'ordenament limita la transmissió d'objectes litigiosos (així en l'art. 1291.4t i en l'art. 1459.5è Cce). En aquest sentit, qüestionem la precisió amb que alguns treballs, cada cop més llunyans, relatius a l'harmonització del dret contractual europeu, es refereixen a l'existència del dret com a requisit per a poder cedir el dret a reclamar el compliment d'un deute (vegi's III.-5:104.a DCFR)³⁹, preveient això sí, la possibilitat de cedir drets futurs o indeterminats (III.-5: 106).

La devaluació econòmica pressuposa l'atribució d'algun valor i posa de relleu la manca de criteris clars per a fixar-lo. Així, en el context d'un procediment concursal en el que és preceptiva la pràctica d'aquesta valoració (art. 148 LC), com la de tots els béns i drets que integren la massa activa del concurs, no s'aporta cap criteri especial de valoració per a dur-la a terme. En absència d'aquesta norma especial, la doctrina acudeix a la regla general de l'art. 82.3 LC segons la qual la valoració es farà d'acord amb el valor de mercat del bé que es relaciona amb el valor raonable del bé amb referència a un valor de mercat fiable *ex art. 38bis CCo*⁴⁰. El problema que ràpidament s'intueix és que per a establir un valor de mercat cal que existeixi un mercat estable, més o menys transparent i homogeni respecte d'un determinat actiu que permeti extreure aquell valor. Aquest mercat respecte dels drets litigiosos no existeix, sense que sigui descartable que amb les operacions alçades que serveixen de pretext al renovat interès doctrinal i jurisprudencial en la matèria, es pugui acabar consolidant, malgrat que el propi ordenament en normes com l'art. 1535 Cce i en d'altres que es proposen s'adreça directament a desincentivar.

3.3. Guany excessiu *per se* o exercici extemporani del dret

Una certa tendència moral o ètica basada en el principi de justícia social privada s'ha incorporat a les propostes d'harmonització del dret contractual⁴¹ i de fet, a intents anteriors de reformular els límits de l'autonomia privada concebuda com el producte d'un pacte entre iguals que ha de

³⁷ BADOSA, 1990, pàg. 340.

³⁸ RUBIO, 1995, pàg. 65.

³⁹ CRESPO, 2014, pàgs. 963 i ss., relaciona aquest requisit de la cessió amb l'absència de causes que afectin o puguin afectar a l'exigibilitat del crèdit cedit, però el cert és que el crèdit dubtós, litigiós o inexigible, és cedible. Altra cosa és que el cedent respongui en cas d'inexistència o manca de legitimitat, en el dret espanyol a l'empara de l'art. 1530 Cce.

⁴⁰ MOLERO, *et al.*, 2015, pàg. 155 i ss.

⁴¹ VON BAR *et al.*, 2009: "Justice. Every model rule in this DCFR pursues the aim of reaching a just and fair solution for the situation to be regulated. The DCFR is particularly concerned to promote what Aristotle termed 'corrective' justice. This notion is fundamental to contract, non-contractual liability for damage and unjustified enrichment. General clauses like good faith (see below, paragraph 33) also serve the overarching aim of justice. The DCFR is less concerned with issues of 'distributive justice', but sometimes distributive or 'welfarist' concerns may also be reflected in the DCFR, for instance when it is decided that a consumer should always have certain rights, i en allò que afecta principalment al nostre estudi, dins el principi de Justícia, núm. 44, *No grossly excessive demands* a HESSELINK, 2008, pàg 248 i ss.

donar lloc a un resultat just en abstracte⁴²; tanmateix, aquesta justícia contractual s'ha projectat, bàsicament, sobre les parts en un contracte -avantatge injust, alteració sobrevinguda de les circumstàncies, etc.- i en el cas que examinem, el deutor cedit no és part del contracte de cessió de crèdit. Pròpiament a més, no hi ha una lesió econòmica respecte de l'obligació contraïda pel deutor, sinó que la lesió s'estableix per raó d'una convenció entre creditor i un tercer que l'únic que fa respecte del deutor és mantenir intacte el seu deute.

Allò que principalment es qüestiona en cas de cessió alçada d'un conjunt de crèdits per un preu que singularment considerat resulta irrisori és el guany manifestament excessiu que obtindrà el cessionari si finalment aconsegueix el pagament íntegre del deute. També es pren en consideració que si el creditor està disposat a desprendre's del seu dret per un baix preu, el beneficiat per aquesta decisió ho hauria de ser amb preferència el deutor abans que un tercer.

Ara bé, cal tenir en compte que és precisament la naturalesa dubtosa o eventualment incobrable - en tot o en part- del crèdit, el que motiva les condicions de la cessió, en particular el preu, i que en el cas de ser litigiós, també l'eventualitat de l'exercici del retracte per part d'un tercer haurà pogut formar part de la negociació entre cedent i cessionari i s'haurà pogut prendre en consideració per a minorar-lo encara més⁴³. Per tant, la comparació a l'hora de censurar un guany excessiu no s'ha d'establir entre el nominal del dret i el preu de la cessió, sinó entre el valor d'un dret dubtós o de dubtosa cobrabilitat i el preu satisfet per ell.

Però el tema pren una altra deriva. Si el que es planteja és que aquell crèdit que es va vendre com a eventualment incobrable per un preu irrisori i que ha esdevingut cobrable transcorregut un llarg període de temps des de la cessió per la millora de la situació econòmica del deutor, donant lloc a un guany manifestament excessiu, aleshores la possible resposta a la problemàtica, quan el creditor requereixi de pagament al deutor cedit, no vindrà donada pel reconeixement d'un retracte o facultat solutòria a mans del deutor, sinó per l'al·legació del retard deslleial en l'exercici del dret de crèdit sempre que es compleixin els requisits de la figura en connexió amb el principi de la bona fe (art. 111-7 CCCat)⁴⁴. La mateixa solució es pot aplicar en els casos no de solvència recobrada del deutor, sinó de subsistent impossibilitat de satisfer el crèdit pel seu nominal i sempre que concorri igualment un retard deslleial en l'exercici del dret susceptible de ser apreciat judicialment.

3.4. Les excepcions a l'aplicació del retracte: l'interès qualificat del cessionari en l'adquisició del crèdit

L'art. 1536 Cce recull un seguit d'excepcions en les que enerva la restricció al tràfic jurídic de crèdits litigiosos en atenció a l'interès qualificat del cessionari en l'adquisició del dret que, per

⁴² MAZEAUD, 1999, pàg. 603.

⁴³ PÉREZ, *et al.*, 2012, pàg. 53.

⁴⁴ Sobre els requisits per aplicar la doctrina del retard deslleial en l'exercici dels drets, EGEA, 2011, pàg. 68. Per al cas concret de solvència recuperada i la referència a solucions que impliquin una moderació del deute per inexigibilitat dels interessos remuneratoris, VAQUER *et. al.*, 2005, pàg. 10.

tant, no el va adquirir mogut per un interès especulatiu. Això respon al marcat caràcter moral de la norma que fa que en els supòsits en que concorre una justa causa per a l'adquisició del dret, un motiu que justifica o causalitza la cessió, es permeti el tràfic sense obstacles del dret litigiós. Els casos excepcionats són tres: la cessió a un cohereu o cotitular del dret cedit, la cessió a un creditor en pagament del seu crèdit i la cessió al posseïdor d'una finca subjecta al dret que se cedeixi.

En el primer cas, cessió a un cohereu o cotitular del dret cedit, l'interès qualificat que empara l'excepció al retracte és l'interès en adquirir la totalitat del dret pel fet que cedent i cessionari en són cotitulars i extingir, si és el cas, aquesta situació de cotitularitat. Succeeix a més, que en el cas descrit l'exercici del retracte no conduiria a la finalització del plet sinó que aquest subsistirà entre cessionari i deutor per la titularitat que primitivament correspongués a aquell. Per a què procedeixi l'excepció, cal que cedent i cessionari siguin cotitulars; no es compleix el supòsit en el cas de dos codeutors, quan un d'ells adquireix el dret per transmissió del creditor -amb la corresponent confusió parcial de l'obligació-, atès que en el cas descrit no hi ha situació de cotitularitat sobre el crèdit, sinó únicament pluralitat inicial de deutors.

En el segon cas, cessió a un creditor en pagament del seu crèdit, l'interès qualificat que es contempla és l'interès en el cobrament. La cessió convinguda constitueix una dació en pagament en el que el lliurament del dret litigiós substitueix la conducta original objecte de la prestació. En aquest cas, a diferència dels altres dos supòsits excepcionats, el cessionari no té interès en la controvèrsia judicial, és aliè al debat suscitat entorn al dret cedit.

En el tercer cas, cessió al posseïdor d'una finca subjecta al dret que se cedeixi, l'interès qualificat és el de la conservació de la finca. L'existència d'una hipoteca constituïda sobre una finca no priva, com sabem, de la possibilitat de transmetre la seva titularitat o de constituir drets reals limitats sobre ella si bé aquell que va adquirir el seu dret amb posterioritat a la constitució de la hipoteca es veurà privat de la seva titularitat en cas que es procedeixi a l'execució de la garantia. Amb la cessió que pressuposa l'art. 1536.3r Cce evita veure's afectat per aquesta eventual execució. Cal aclarir no obstant, que la litigiositat del dret en aquest cas no prové del propi procediment d'execució; en primer lloc perquè el crèdit, fora dels matisos que ja hem comentat, no es podrà considerar litigiós i en segon lloc, sobretot, perquè situats en el procés d'execució, el posseïdor de la finca executada ocuparà el lloc del demandat i no hi haurà lloc a cap retracte, atès que, donada la cessió, l'hauria de dirigir contra ell mateix.

En la normativa sectorial podem trobar altres excepcions a l'aplicació del retracte. És el cas de l'art. 29.4.b de la Llei 11/2015, de 18 de juny de recuperació i resolució d'entitats de crèdit i empreses de serveis d'inversió (BOE núm. 267, de 7 de novembre de 2015) -que deroga la Llei 9/2012- i que estableix que en els casos de transmissió de crèdits que tinguin la naturalesa de litigiosos, no els serà d'aplicació l'art. 1535 Cce. Això no obstant, l'esmentada exclusió, que pressuposa la litigiositat del dret, només s'aplica a les transmissions d'actius regulades per la llei, és a dir, les transmissions a una entitat pont o a una entitat de gestió d'actius (art. 25 de la pròpia llei)⁴⁵.

⁴⁵ SÁNCHEZ, 2016, pàg. 5.

Quant a les excepcions al dret de retracte, es poden plantejar dues qüestions.

La primera la de si seran atendibles altres interessos qualificats en l'adquisició del crèdit no tipificats legalment i si la seva al·legació haurà de ser valorada casuísticament pel jutge a fi de considerar si procedeix o no l'exercici del retracte. Atès que és una norma excepcional el criteri hauria de ser el de no admetre una interpretació ni extensiva ni analògica (*ex art. 4.2 Cce*), que permetés estendre l'aplicació de l'art. 1536 Cce fora dels supòsits legalment previstos⁴⁶. Sense dubte, això pot ocasionar certa arbitrietat en els resultats derivats de l'aplicació del retracte i la doctrina fa evidents les nombroses disfuncionalitats que el retracte, concebut amb una perspectiva decimonònica, pot ocasionar quan s'aplica en un context socio-econòmic radicalment diferent⁴⁷. L'única solució a aquesta objecció, si no és la que sovint es pretén des d'aquests posicionaments crítics consistent en la supressió d'una figura que es considera desactualitzada i entorpidora, és la de donar entrada a la discrecionalitat judicial a partir d'una norma més abstracta que plantegi l'excepció a l'aplicació de la norma sempre que el cessionari pugui acreditar un interès qualificat i suficient en l'adquisició del dret. De tota manera, endinsar-se en l'univers de les motivacions contractuals subjectives pot donar lloc potser a arbitrietats encara majors.

La segona qüestió que cal resoldre és la de si el deutor que no ha acceptat una proposta transaccional relativa al plet en marxa, quan aquesta proposta coincideix amb les condicions de preu pactades en la cessió posterior del dret, pot encara exercitar, esdevinguda la cessió, el dret de retracte. Considerem que atesa la inadmissibilitat de la pretensió contradictòria que resulta del principi general dels actes propis (art. 111-8 CCCat), caldria desestimar la pretensió retractual si les condicions de les cessió no són més costoses que les que el cedent va oferir al deutor per resoldre la controvèrsia que els enfrontava⁴⁸. La negativa del deutor a l'acord proposat pel creditor va ser la que va motivar, sense dubte, la ulterior decisió de cedir el dret per part del creditor.

4. *Retraete en cas de cessió d'un conjunt alçat de crèdits*

Tractada ja la qüestió relativa a la naturalesa litigiosa o no de determinats drets i més en concret, l'aplicació del retracte a les cessions de drets esdevingudes en el marc d'un procediment d'execució, la segona nova problemàtica que suscita l'art. 1535 Cce se centra en la seva aplicació o no a supòsits de venda alçada d'un conjunt de crèdits. És sobretot aquest el supòsit de fet que ha donat lloc a l'atenció jurisprudencial recent envers una figura de tractament essencialment doctrinal.

⁴⁶ Així ho va entendre l'Audiència Provincial de Madrid en la SAP Madrid, 21a, 26.11.2013, FD 3.

⁴⁷ ROMERO, 2010, pàgs. 5 i 6.

⁴⁸ Així ho considera GONZÁLEZ, 2013, pàg. 10878.

Sabem en general, que el legislador dispensa un tractament especial als supòsits de venda d'universalitats de béns; així per exemple i en el mateix capítol en el que es conté la regulació del retracte de crèdits litigiosos, trobem la regulació sobre la venda d'herència (arts. 1531, 1533 i 1534 Cce) i la regulació sobre la venda alçada o en globus de determinats conjunts de drets o béns (art. 1532 Cce). La consideració d'un únic objecte del contracte de compravenda, divers dels béns singulars que componen el conjunt, justifica aquest règim especial i l'elusió de l'aplicació de les normes que contemplin béns singularment considerats⁴⁹ però aquestes especialitats es refereixen als drets i obligacions derivades del contracte –així paradigmàticament l'exclusió de sanejar per l'evicció o els vicis dels béns que formen part del conjunt venut- i que s'hi apliquen supletòriament en defecte de pacte. No tenen a veure amb facultats legals que l'ordenament legal pugui reconèixer a un tercer. La qüestió sí que es contempla en el cas del retracte a favor de l'arrendatari en el supòsit de venda de l'immoble arrendat que és exclòs en l'art. 27.7 LAU quan l'habitatge arrendat es vengui conjuntament amb la resta d'habitatges o locals propietat de l'arrendador que formin part del mateix immoble.

Cal considerar que en la venda d'universalitats *facti* –conjunt de béns o actius i no patrimonis- que no deixen de ser expressions de l'autonomia de la voluntat en la designació de l'objecte negocial, el contracte de venda és únic i també la designació del seu objecte, però la transmissió no és universal, sinó que recau sobre cadascun dels béns que integren la universalitat; la universalitat només és una manera de ser considerat l'objecte negocial⁵⁰. Aquesta transmissió universal només s'esdevé en les universalitats *iuri* subjectes a tipificació legal com s'esdevé en els processos de transformació de persones jurídiques.

És precisament respecte d'un d'aquests supòsits que el Tribunal Suprem s'ha pronunciat per a excloure el retracte de crèdits litigiosos. En efecte, la STS, 1a, 01.04.2015 s'ocupa d'un cas de transmissió en bloc d'un crèdit litigiós conjuntament amb d'altres crèdits i d'altres actius patrimonials en una operació de segregació a l'empara de l'art. 71 de la Llei 3/2009, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils. En la sentència s'estableix que “no cabe proyectar la figura del retracto litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión univesal, no de forma individualizada (...) no es ocioso precisar que la operación descrita 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 ”.

L'interrogant que deixa sense resoldre la resolució és el de si la solució adoptada s'ha d'estendre a tots els supòsits de venda alçada de crèdits o només en aquells en què s'esdevingui un supòsit com el descrit. L'ordenament civil presta atenció a d'altres supòsits de venda d'universalitat que no comporten una successió universal i així es distingeix entre la venda de la totalitat de certs drets, rendes o productes en l'art. 1532 Cce i la venda en bloc o conjunta de béns individualitzats o enumerats, sigui per un preu únic o assignant preu per bé (arts. 1479.2, 1491 y 1492 Cce)⁵¹. En

⁴⁹ RUBIO, 2003, pàg. 55 i ss.

⁵⁰ BARBERO, 1936, pàg. 357.

⁵¹ Estableix la diferència de supòsits PANTALEÓN, 1991, pàgs. 1037 i 1038.

aquests casos, malgrat la consideració d'un bloc de béns o drets, no es pot apreciar la presència d'una universalitat de béns atès que tot i existir un únic negoci, manca el que s'ha anomenat "funció del complex" com a element cohesionant dels béns considerats *sub specie universitatis*⁵².

Considerem així, que en la mesura en què l'agrupació de crèdits per a la seva cessió resulti d'una estricta decisió purament convencional, sense cap element cohesionant intrínsec, serà d'aplicació el retracte de crèdits litigiosos respecte d'un o diversos crèdits integrants del conjunt venut. La citada STS, 1a, 01.04.2015 al·ludeix a un supòsit de transmissió d'una unitat econòmica i no a un mer supòsit d'agrupació de béns; el supòsit tractat és ben divers d'aquell en què s'agrupin x crèdits per a la seva venda per un preu unitari –enlloc de vendre un crèdit, se'n ven una cartera de cinc-cents-. Altrament seria molt fàcil evitar l'aplicació de la norma i seria igual d'arbitrari excloure l'aplicació del retracte en cas de venda dos crèdits conjuntament com en el cas que el nombre fos molt superior; un criteri merament quantitatiu no pot servir per delimitar l'àmbit d'aplicació d'una norma tuitiva com la que analitzem sense incórrer en arbitrietat manifesta⁵³.

4.1. Indeterminabilitat del preu d'adquisició de cada crèdit singular?

En els casos de cessió global d'una cartera de crèdits, entre els quals n'hi hagi de litigiosos, la dificultat principal raurà en la determinació del preu de venda d'un crèdit en concret que formi part de la cartera. Tanmateix, una regla de proporcionalitat permetrà establir-ne si no un preu – en realitat, inexistent respecte de cada crèdit singular-, sí una valoració que serveixi per exercitar el retracte i que posi en relació el preu de venda global amb el percentatge que els crèdits litigiosos representen respecte del total cedit segons el seu nominal, tot considerant l'apreciació devaluada del seu valor pel fet precisament de ser litigiosos.

El deutor podrà sol·licitar a l'òrgan judicial que requereixi al cedent a fi que faciliti la informació necessària per a poder fixar aquesta estimació⁵⁴. Un dels arguments que s'empra, però que no és definitiu, per a excloure el retracte de crèdits litigiosos en casos de venda alçada de drets és precisament la dificultat de determinar el preu sobretot si el preu s'ha fixat sense consideració singular de cada dret i sense contemplar-ne el risc d'impagament, sinó atenent al valor global del conjunt⁵⁵. En tot cas, considerada la dificultat indiscutible, que no la impossibilitat, i la certa col·lisió amb l'autonomia de la voluntat, la norma hauria de resoldre fins a quin punt es pot imposar la càrrega al cessionari d'aportar una valoració dels drets singulars objecte de retracte.

La dificultat també s'esdevindrà en les operacions de venda de crèdits futurs en operacions de cessió sobre fluxos continus de crèdits fins i tot referits a contractes encara no conclusos, de tal

⁵² BARBERO, 1936, pàg. 362.

⁵³ DÍAZ, 2016, pàg. 312.

⁵⁴ SÁNCHEZ, 2016, pàg. 8, refereix aquesta possibilitat a l'empara de l'art. 328 a 330 LEC, que considera es podria fins i tot, acordar d'ofici, i al·ludeix a la providència de 26 de gener de 2016, dictada pel Magistrat del Jutjat Mercantil núm. 1 de Tarragona, en un procediment de concurs voluntari, requerint precisament aquesta informació del cedent.

⁵⁵ GONZÁLEZ, 2013, pàg. 10873.

manera que els futurs deutors no es poden identificar en el moment de la cessió encara que sí en el moment que s'exigeixi el compliment de l'obligació (es refereix a aquesta possibilitat l'art. 5:104, apartat 4 DCFR)⁵⁶. Tanmateix, en aquest cas, si la cessió és anterior al naixement del crèdit, no hi haurà canvi de creditor que pugui donar lloc al retracte que examinem.

4.2. Constància de la cessió i successió processal

Atès que el deutor no participa en la titularitat del dret cedit ni en general, la seva cessió comporta novació de l'obligació, el seu consentiment no és requisit d'eficàcia de la transmissió. Tampoc ho és la notificació de la cessió i aquesta només compleix una funció no alliberadora per al deutor per al cas de pagament al creditor cedent un cop practicada (art. 1527 Cce).

La norma no estableix a qui correspon la càrrega d'aquesta notificació. En la pràctica escau que la faci el cedent o el cessionari conjuntament a fi que el deutor pugui tenir certesa de l'efectiva cessió esdevinguda⁵⁷. Si la notificació la fa el cessionari sense una aportació de prova suficient, el deutor que paga al cessionari aparent pot finalment no resultar alliberat si la cessió resulta inexistent.

Però a banda de la qüestió relativa a l'eventualitat d'un pagament d'allò indegut, ja sigui al cedent per manca de notificació de la cessió o al fals cessionari, la notificació de la cessió o més exactament, la seva acreditació, quan el dret és litigiós, té incidència en la successió processal del cessionari en el lloc que ocupava el cedent en el procediment en marxa i que regula l'art. 17 per al procés declaratiu⁵⁸ i 540 LEC per al d'execució.

Els supòsits de cessió alçada de drets de crèdit plantegen en aquest punt una certa dificultat per a la pràctica d'aquesta acreditació que pot conduir freqüentment a una interlocutòria del jutjat o de l'òrgan arbitral denegant la successió en el procediment i mantenint al cedent en aquest. No n'hi ha prou a aquests efectes amb la menció del fet de la cessió i la mera referència al número de protocol de l'escriptura pública que recull el contracte de cessió. Denegada la subrogació en el procediment, el cedent actuarà en aquest com a un gestor oficiós dels interessos del cessionari.

⁵⁶ CUADRADO, 2014, pàg. 115.

⁵⁷ CUADRADO, 2014, pàg. 118.

⁵⁸ L'incident es resol, prèvia suspensió del procediment, mitjançant trasllat a l'altra part i sense necessitat de comptar amb el consentiment del cedent (ATS de 05.07.2011, JUR 2011\263349). A manca d'oposició, el secretari judicial ordenarà mitjançant decret la successió sol·licitada. En cas d'oposició resoldrà el jutge. El tipus d'enjudiciament que efectuen secretari i jutge sobre el negoci de cessió és limitat, principalment adreçat a constatar la seva existència i validesa formal. MARÍN, 2015, pàg. 341.

5. Aspectes rellevants per a una proposta de regulació en el futur Llibre VI del Codi civil de Catalunya

5.1. L'allotjament sistemàtic del retracte de crèdits litigiosos

Sistemàticament, la regulació de la institució que analitzem, establerta la seva naturalesa retractual, no exempta de discussió com ja hem comentat, tindria cabuda en el Llibre V juntament amb les altres preferències recollides en la secció tercera del Capítol VIII, Títol VI (art. 568-16 i ss que es refereixen al retracte de confrontants i a la torneria) o bé, acollint una altra opció reguladora practicada pel legislador català i fent-ho en el marc de la regulació de la relació jurídica que en constitueix el pressupòsit (el de copropietaris, en seu de copropietat –art. 552-4-; el de cohereus, en seu de comunitat hereditària –art. 463-6-; el del nu propietari, en seu de dret d'usdefruit –art. 561-9.1 i 561-10-; el del censatari en seu de dret de cens –art. 565-5.2 i 565-23 i ss-, el de l'arrendatari –art. 33.3 i 43 de la Llei de contractes de conreu i arts. 25 i 31 de la Llei d'arrendaments urbans-), en el nostre cas, amb la regulació de la cessió de drets. El tractament sistemàtic conjunt dels retractes legals és només convenient respecte la norma que en tracta la respectiva preferència entre els diversos drets legals en cas que una mateixa alienació pugui donar lloc a més d'un dret d'adquisició preferent (art. 568-27).

També es podria aprofitar l'avinentesa de l'actual tramitació parlamentària del Llibre VI CCCat per a afegir, mitjançant una esmena parcial d'addició, la previsió que escaigués sobre un règim particular en cas de cessió d'un dret litigiós o d'un dret que tingüés per objecte un dret garantit amb l'habitatge habitual, tenint en compte a més, que aquest darrer supòsit ja ha estat incorporat al nostre ordenament en una norma massa amagada –i actualment suspensa- i per tant, d'aplicació insegura, com comentarem de seguida.

No es tractaria de replicar la regulació de la *Cesión de créditos y otros derechos incorporales* continguda en el Capítol VII, del Títol IV, del Llibre IV del Cce, que remet a un tractament del dret de crèdit com a objecte especial del contracte amb un èmfocament segurament ja superat, sinó s'introduir normes molt més concretes sobre les especialitats derivades de la cessió de particulars tipologies de dret. Aquesta previsió es podria contenir en la regulació de la compravenda en un últim capítol a continuació del destinat a la compravenda d'immobles. Convindria també un esment o remissió entre la futura regulació al Títol primer de les Disposicions generals, com a supòsit de modificació subjectiva de l'obligació.

5.2. Cap a una regulació actualitzada del retracte de crèdits litigiosos en el CCCat

Al llarg d'aquest breu treball s'han analitzat les principals qüestions no clarament resoltes per la norma continguda en l'art. 1535 Cce i que ocasionen inseguretats en la seva aplicació, arbitrarietat o que directament en forcen l'àmbit d'aplicació per adaptar-lo a un context sociològic clarament distanciat de les inquietuds ètiques que en van motivar la inclusió en el Codi civil espanyol.

És per això, que una futura regulació en el Codi civil de Catalunya hauria de reduir-ne les incerteses jurídiques i plantejar un context actualitzat d'aplicació. Prèviament caldria decidir,

però, si convé incorporar aquest obstacle a la circulació dels crèdits que molts codis decimonònics van optar per suprimir i del qual no s'ha fet ressò el dret contractual europeu (art. III.- 5:101 i ss. DCFR). Potser amb una protecció restringida com la ja introduïda pel legislador català i que tot seguit esmentarem, en matèria de cessió de crèdit garantit amb habitatge familiar, n'hi hauria prou.

Pendent aquesta decisió, tot seguit ens referim breument a les qüestions que la norma catalana hauria de resoldre per a complir aquest objectiu legislatiu.

- El legislador català no hauria de tenir recança en tipificar una preferència adquisitiva per encaixar la figura. El retracte s'ajusta adequadament a la finalitat de la norma. Caldria fixar el termini d'exercici prenent el més breu dels previstos en el Codi civil de Catalunya, que en l'art. 568-6.a) CCCat, en seu de disposicions generals, es fixa en un mes, tot i les crítiques de la doctrina per la contradicció de la norma respecte de les previstes en seu de la regulació dels concrets drets d'adquisició amb terminis diversos (arts. 568-14.4 i 568-15.2 CCCat)⁵⁹. El termini no pot ser llarg perquè la finalitat indirecta de la norma és extingir procediments, no allargar-los, però no hauria de ser tan breu com el previst en l'art. 1535 Cce -nou dies-, donat que pot ser certament complicat reunir qualsevol quantitat de diners mínimament important en tan breu lapse de temps. D'altra banda, el *dies a quo* es pot establir en la data de reclamació fefaent del crèdit que, essent litigiós, coincidirà habitualment amb la compareixença en judici del cessionari sol·licitant perquè se'l tingui per part legítima en el plet (art. 17 LEC).

- La norma hauria de partir de la constatació que el dret de crèdit és un actiu patrimonial i per tant, transmissible. Les restriccions a la seva transmissió cal plantejar-les en clau excepcional.

- La regulació projectada hauria de determinar la naturalesa litigiosa o no del dret objecte de retracte i sobretot, la seva extensió als supòsits de drets l'efectivitat dels quals és reclamada mitjançant títols executius no judicials i per tant, no pròpiament litigiosos. Alhora, hauria de precisar adequadament els supòsits de venda alçada de drets i en cas de considerar que aquestes transmissions operen la preferència, imposar la càrrega del cessionari de quantificar acreditadament el valor assignat al dret objecte de retracte.

-Pel que fa a les condicions d'exercici del dret, en el cas que el deutor reuneixi enfront al cedent/cessionari la condició de consumidor, caldria imposar al cessionari la càrrega d'informar, al temps de reclamar el crèdit, de l'existència del dret de retracte.

- Quant a les excepcions a l'exercici del retracte, la futura norma hauria de recollir expressament, a més de les excepcions corresponents als supòsits d'interès qualificat en l'adquisició del crèdit per part del cessionari, els casos en els que, amb anterioritat a la cessió, el creditor hagi ofert al seu deutor la possibilitat de condonar parcialment el deute o qualsevol altra mena d'acord assimilable a les condicions de la ulterior cessió del dret. A valorar si escau la revisió dels supòsits excepcionats actualment per la norma estatal o la seva substitució per una clàusula

⁵⁹ RADUÀ, 2015, pàgs. 164 i 165.

general d'exclusió en cas de concurrència d'un interès qualificat en l'adquisició del crèdit apreciat pel jutge a partir de l'al·legació de la part.

- Descartem que la norma hagi d'imposar un límit quantitatiu al guany obtingut amb la cessió pel cas que el preu de la cessió es pugui qualificar d'irrisori en relació al valor del dret. La litigiositat del dret, com s'ha dit ja, el devalua econòmicament i per tant, el seu valor no és el del nominal i en tot cas, el nostre ordenament, fora de casos molt excepcionals, no exerceix controls d'aquesta mena sobre l'autonomia de la voluntat dels contractants. La protecció addicional ha de venir, si escau, de l'ampliació de l'àmbit d'aplicació de la norma. La prevenció que aquesta ampliació pot suscitar entorn l'afavoriment de comportaments oportunistes en l'incompliment de les obligacions venen temperades pel fet que en el cas examinat, els privilegis dels deutors vindran sempre d'una prèvia decisió del creditor disposant voluntàriament del seu dret.

5.3. El cas particular de la cessió de crèdits garantits amb l'habitatge habitual

En l'àmbit de la cessió creditícia, la protecció qualificada del deutor cedit en casos de cessió d'un crèdit garantit amb hipoteca constituïda sobre l'habitatge habitual constitueix una dels principals preocupacions socials sorgides arran de la crisi i l'increment de la morositat. Seria aquest supòsit el que més raonablement justificaria l'acolliment normatiu d'una facultat adquisitiva/extintiva a favor del deutor cedit com la que examinem en el present treball i malgrat que les propostes harmonitzadores no s'hi hagin fet ressò. L'ordenament català ja ha donat resposta a aquesta preocupació mitjançant la Disposició Addicional de la Llei 24/2015, del 29 de juliol, de mesures urgents per a afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica, en vigor des del 6 d'agost de 2015 fins a la seva suspensió el proppassat mes de maig. En efecte, la norma ha estat suspesa mitjançant Providència del Tribunal Constitucional de 24 de maig de 2016, arran de l'admissió a tràmit del recurs d'inconstitucionalitat núm. 2501-2016, promogut pel President del Govern espanyol contra diversos preceptes de la Llei, un d'ells el que conté l'esmentada Disposició Addicional. Certament resulta enigmàtic el motiu d'inconstitucionalitat que s'avançava en l'acta del Consell de Ministres en el que es va acordar la interposició del recurs: *"En esta materia, la norma catalana presenta lagunas esenciales que determinan un apartamiento de la regulación civil, competencia del Estado"*, tota vegada que la Generalitat de Catalunya té competència exclusiva en matèria civil (art. 129 EAC i STC 31/2010, de 28 de juny), la norma no es relaciona amb cap de les matèries reservades a la competència de l'Estat i addicionalment la Generalitat té competència en matèria de consum (art. 123 EAC) i d'habitatge (art. 137 EAC). L'al·legació es pot haver emparat més directament en la competència de l'Estat per a regular les bases de l'ordenació del crèdit (art. 149.1.11a CE), si bé el caràcter bàsic de la competència i per tant, compartit amb la Generalitat (arts. 111 i 126 EAC) i el caràcter ben particular de la previsió impugnada, hauria de dificultar que l'argument prosperi. Aquesta suspensió no impediria, en tot cas, la incorporació al Llibre VI, pendent no es resolgui el recurs i referit en qualsevol cas a una altra llei, del remei segons l'encaix anteriorment exposat.

Segons el contingut de la citada Disposició Addicional, reiterada la transmissibilitat del crèdit garantit amb l'habitatge habitual, *"si la cessió és a títol oneros, el deutor resta alliberat del deute abonant al cessionari el preu que aquest ha pagat més els interessos legals i les despeses que li ha causat la*

reclamació del deute". L'extinció del deute no resulta en aquest cas d'una dació en pagament amb pèrdua del bé sobre el qual requeia la garantia, sinó del pagament d'una quantitat sensiblement inferior a la que constituïa l'objecte de la prestació en l'obligació garantida i que permetrà, per tant, la conservació de l'habitatge.

Sense dubte i al marge de la suspensió actual de la norma, la ubicació força discreta d'una norma prou rellevant en dificulta el coneixement per part dels operadors jurídics i especialment la seva al·legació. Caldria doncs, atesa la seva naturalesa clarament civil, incorporar-la a una futura regulació de la cessió de crèdits en el Codi civil de Catalunya o bé entre l'actual regulació dels drets reals de garantia en el Llibre V.

La norma pressuposa una relació de consum però, i malgrat que sigui relativament infreqüent una relació estrictament entre particulars en la que se cedeixi un crèdit garantit amb hipoteca sobre l'habitatge habitual, caldria estendre-hi la protecció amb independència de la qualitat dels subjectes intervinents. Allò que està protegint la norma, en aquest cas, és el dret a l'habitatge i no, o no només, una situació contractual asimètrica entre les parts que van consentir el contracte de préstec o de constitució de la garantia.

El precepte, en la seva aspiració de protegir el dret a l'habitatge, comporta, sense dubte, un greuge comparatiu per als deutors el crèdit que subjecta els quals no ha estat objecte de cessió respecte dels que sí ho ha estat. Pel que fa als primers, la protecció ara per ara se circumscriu a les normes processals en matèria d'execució hipotecària que estableixen un règim especial en matèria de costes del procediment (art. 571.1.bis LEC), limiten l'abast de la responsabilitat patrimonial universal subsistent després de l'execució (art. 579 LEC) i preveuen l'import del preu d'adjudicació del bé hipotecat a favor del creditor en cas de subhasta sense cap postor que haurà de ser com a mínim del 70% del valor pel qual hagués sortit a subhasta o si la quantitat deguda per tots els conceptes fos inferior a aquests percentatges, pel 60% (art. 671 LEC) o la possibilitat més o menys residual d'instar la dació en pagament a l'empara de l'aplicació del Codi de Bones Pràctiques per a la reestructuració viable dels deutes amb garantia hipotecària sobre l'habitatge habitual aprovat en virtut del RDL 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos. Però en aquest cas, el deutor no té opció a conservar el bé, satisfent quantitats bonificades. Això es justifica per la senzilla raó que la cessió pressuposa la voluntat del creditor de satisfer el seu dret per un import inferior al del seu valor nominal i per tant, com a subjecte que té el poder de disposició sobre la relació obligatòria⁶⁰, pot cedir, condonar o renunciar al seu dret o pot no fer-ho.

En tot cas, una qüestió principal que deixa sense resoldre la norma és la del termini i/o el vehicle processal pel qual el deutor consumidor pot fer valer el seu dret. La redacció del precepte permet entendre que en tot moment, fins i tot iniciada l'execució, és possible exercitar la facultat reconeguda en la norma però no estableix en quin termini es pot fer valer un cop notificada la cessió del crèdit o reclamat el deute.

⁶⁰ BADOSA, 1990, pàgs. 29 i 35.

L'altra qüestió que convindria preveure és la de si el deutor pot fer valer la facultat per via d'acció i sense que se li hagi reclamat al deute, a fi de consolidar la seva posició i evitar que la passivitat del creditor pugui perjudicar la seva posició.

6. Bibliografia

Cesare ARIAS (1933), *Il retrato di diritto litigioso*, Pàdua.

Ferran BADOSA COLL (1990), *Dret d'obligacions*, Barcanova, Barcelona.

Domenico BARBERO (1936), *Le universalità patrimoniali: Universalità di fatto e di diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Milano.

Pietro BONFANTE (1946), *Instituzioni di Diritto romano*, Ed. Giappichelli, Turín.

Esteve BOSCH CAPDEVILA (2008), "El dret de tanteig i retracte en el Codi civil de Catalunya", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1.

Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO i Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2002), *Tratado de los Derechos de garantía*, Aranzadi.

Miguel COCA PAYERAS (1988), *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Real Colegio de España, Bolonya.

Maria del Carmen CRESPO MORA (2014), "La cesión de créditos en el DCFR: compatibilidad con el sistema español, a Luis Díez-PICAZO (Coordinador), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, t. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Carlos CUADRADO PÉREZ (2014), *La cesión de créditos*, Dykinson, Madrid.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1953), "Cesión de crédito litigioso: Aplicación del art. 1.535 del Código civil. Comentario a la STS de 4 de febrero de 1952", a *Anuario de Derecho Civil*.

Alejandro DÍAZ MORENO (2016), "Sucesión universal y retracto de créditos litigiosos. Comentario a la Sentencia de 1 de abril de 2015", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 100.

Luis Díez-PICAZO (2008), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6a ed., Aranzadi, Cizur Menor.

Joan EGEA FERNÁNDEZ (2011), "Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya", Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya, als *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona.

Gabriel GARCÍA CANTERO (1982), "Comentario al Capítulo VII. Título IV, Libro IV", a Manuel ALBALADEJO GARCÍA (Director), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XIX, Edersa, Madrid.

Florencio GARCÍA GOYENA (1974), *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimp. ed. Madrid, 1852, Saragossa.

Isabel GIMÉNEZ GARCÍA (2015), "Retracto en la cesión de un crédito litigioso", *Revista de Derecho vLex*, núm. 134.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2013), "Comentario a los arts. 1535-1536 del Código civil", a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Director), *Comentarios al Código civil*, t. VIII, Tirant lo Blanch, València.

Martijn HESSELINK (2008), "Common Frame of Reference & Social Justice", *European Review of Contract Law*, Vol. 4, Issue 3.

Juan HOMS HOMS (1901), "La *Lex Anastasiana* y su aplicación en Cataluña", *Revista Jurídica de Catalunya*.

Juana MARCO MOLINA (2010), "Comentario a los artículos 1535 y 1536 Cce", a Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Madrid.

Juana MARCO MOLINA (2015), "L'enriquiment injustificat. Proposta de regulació per al futur llibre sisè del Codi civil de Catalunya", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15, 1.

Joan MARSAL GUILLAMET (2009), "Retracto de crédito litigioso. Naturaleza jurídica. Que debe entenderse por crédito litigioso. Comentario a la STS de 31 de octubre de 2008", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 81.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1994), "La transmisión activa y pasiva de las obligaciones en el Derecho navarro", *Revista jurídica de Navarra*, núm. 18.

Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO (2016), "Comentario a los arts. 1535 y 1536 del Código civil", a Ana CAÑIZARES *et al.* (directores), *Código civil comentado*, vol. 4, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

Denis MAZEAUD (1999), "*Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle?*", *L'avenir du droit*, Mélanges Terré, Dalloz. PUF. Juris-Class.

Rafael MOLERO PRIETO i Luis MONTÉS (2015), "La valoración y transmisión de los "créditos litigiosos" en el concurso de acreedores", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 37.

José Luis NAVARRO PÉREZ (1988), *La cesión de créditos en el Derecho español*, Comares, Granada.

---, (1989), *El retracto de créditos litigiosos*, Comares, Granada.

Antonio ORTI VALLEJO (2010), "Cesión de créditos futuros y *factoring*: a propósito de una lectura de los preceptos que dedican al tema los principios del Derecho Europeo de Contratos", *InDret*, 4/2010 (www.indret.com)

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), "Comentario al art. 1532 Cce", a *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid.

Ángel PÉREZ LÓPEZ, Antonio José MOYA FERNÁNDEZ i Eduardo TRIGO SIERRA (2012), "Cuestiones prácticas de las ventas de carteras de créditos", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 33/2012.

Joan-Maria RADUÀ HOSTENCH (2015), "Els Drets reals d'adquisició voluntària en el codi civil de Catalunya", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 2015-2.

Guillermo ROMERO GARCÍA-MORA (2010), "Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraible", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2010.

Gemma RUBIO GIMENO (1995), *El derecho litigioso: cesión y retracto*, Mc Graw Hill, Madrid.

---, (2003), *La venta de herencia*, Marcial Pons, Madrid.

Jesus Ma SÁNCHEZ GARCÍA (2016), "De nuevo sobre la cesión de créditos", *Revista de Derecho vLex*, núm. 142.

Àngel SERRANO DE NICOLÁS (2015), "Cesión de créditos, novación extintiva y subsistencia de garantías", *Revista de Derecho vLex*, núm. 134.

Guillem SOLER SOLÉ (2015), "Cesión de cartera de créditos litigiosos (subrogación procesal y derecho de retracto del deudor)", *Revista de Derecho vLex*, núm. 136.

Antoni VAQUER ALOY i Núria CUCURULL SERRA (2005), "¿Solvència recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la *verwirkung* en el juicio ejecutivo", *InDret*, 1/2005 (www.indret.com)

VON BAR, CHRISTIAN & CLIVE, E. (Editors) (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition*, Sellier, Munich.

7. Taula de jurisprudència citada

<i>Tribunal, Sala i Data</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
STS, 1a, 04.02.1952	RJ476	<i>Saturnino López Peces</i>
STS, 1a, 16.12.1969	RJ6144	<i>Manuel Taboada Roca</i>
STS, 1a, 30.04.2007	RJ3558	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
STS,1a, 11.06.2007	RJ5564	<i>José Almagro Nosete</i>
STS, 1a, 31.10.2008	RJ5810	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
STS, 1a, 11.03.2011	RJ2766	<i>Juan Antonio Xiol Ríos</i>
ATS, 1a, 05.07.2011	JUR263349	<i>José Ramón Ferrándiz Gabriel</i>
STS 13.03.2012	RJ8351	<i>Encarnación Roca Trías</i>
SAP Madrid, 21a, 26.11.2013	JUR63563	<i>Ramón Belo González</i>
STS, 1a, 13.02.2015	RJ267	<i>Ignacio Sancho Gargallo</i>
SAP, 12a, 18.02.2015	AC970	<i>José María Torres Fernández de Sevilla</i>
STS, 1a, 01.04.2015	RJ1175	<i>Sebastian Sastre Papiol</i>