

2. DERECHO MERCANTIL

Cesión de créditos de consumidores en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018

Assignment of debts in the loan agreement concluded with consumers in the Judgment of the European Court dated 7 August 2018

Por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de agosto de 2018 establece que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cessionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cessionario en los procedimientos en curso.

ABSTRACT: *The Judgment of the European Court dated 7 August 2018 establishes that the Directive 93/13 must be interpreted, first, as not applying to a business practice consisting in assigning or purchasing a consumer's debt, without any provision for such an assignment having been made in the loan agreement concluded with the consumer, without giving the consumer prior notice of that assignment, without his consent and without giving him the opportunity to buy back and thereby extinguish his debt by reimbursing to the assignee the price it paid in respect of that assignment, plus the applicable interest, expenses and costs. Secondly, that directive does not apply to national provisions, such as those contained in Article 1535 of the Civil Code and Articles 17 and 540 of the Civil Procedure Code, which regulate that opportunity to buy back a debt and govern the replacement of the assignor by the assignee in ongoing proceedings.*

PALABRAS CLAVE: Cesión de créditos y consumidores.

KEY WORDS: Assignment of debts and consumers.

SUMARIO: I. LA DECISIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 EN MATERIA DE CESIÓN DE CRÉDITOS.—II. LA FALLIDA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD RESUELTA POR EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 168/2016, DE 4 DE OCTUBRE DE 2016.—III. EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES A SER INFORMADOS DE UNA CESIÓN DE CRÉDITOS.—IV. EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL PROCESO EJECUTIVO.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. LA DECISIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 EN MATERIA DE CESIÓN DE CRÉDITOS

Los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial resuelta en la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018 fueron los siguientes: el 2 de noviembre de 2009 y el 22 de septiembre de 2011, el Sr. Demba y la Sra. Godoy Bonet suscribieron con la entidad bancaria Banco Santander dos contratos de préstamo, el primero de ellos por importe de 30750 euros y con vencimiento el 2 de noviembre de 2014 y el segundo por importe de 32153,63 euros y con vencimiento el 22 de septiembre de 2019. Según las condiciones generales de dichos contratos, los tipos de interés aplicables eran, en el primer contrato, un 8,50% para los intereses remuneratorios y un 18,50% para los intereses de demora y, en el segundo contrato, un 11,20% para los intereses remuneratorios y un 23,70% para los intereses de demora.

Al haber dejado de pagar el Sr. Demba y la Sra. Godoy Bonet las cuotas mensuales previstas en los contratos de préstamo en cuestión al Banco Santander, esta entidad bancaria declaró el vencimiento anticipado de los contratos y presentó ante el órgano jurisdiccional remitente —el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona— una demanda de ejecución de los créditos que tenía frente al Sr. Demba y a la Sra. Godoy Bonet por un importe total de 53664,14.

Aunque los contratos de préstamo no contemplaban esta posibilidad, el 16 de junio de 2015 el Banco Santander transmitió a un tercero los créditos de que se trata mediante escritura pública, por un importe estimado en 3215,72 euros, al amparo de los artículos pertinentes del Código civil. El tercero solicitó entonces suceder al Banco Santander en el procedimiento de ejecución instado por este último ante el juzgado de primera instancia remitente.

El juzgado remitente alberga dudas acerca del eventual derecho del Sr. Demba y de la Sra. Godoy a extinguir la deuda, abonando para ello al tercero el precio que este pagó por la cesión de los créditos, así como los intereses, las costas y los gastos aplicables.

A este respecto, el juzgado remitente subraya que, si bien el artículo 1535 del Código civil prevé tal derecho a extinguir el crédito, al mismo tiempo lo circunscribe a los denominados créditos «litigiosos», es decir, aquellos en relación con los cuales se haya contestado a la demanda en juicio declarativo. Así pues, el citado artículo no prevé la posibilidad de que el deudor ejerza el mencionado derecho en el marco de un procedimiento de ejecución del crédito —como es el procedimiento principal— o de una transmisión extrajudicial del crédito, lo cual no garantiza, según el juzgado remitente, una protección adecuada de los intereses de los consumidores. Añade que tampoco garantizan tal protección los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso, dado que, entre

otras cosas, los citados artículos no hacen referencia al derecho del deudor a extinguir la deuda previsto en el artículo 1535 del Código civil.

En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- a) *¿Es conforme con el Derecho de la Unión [...] y en concreto con el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...] y los artículos 4 TFUE, apartado 2, 12 TFUE y 169 TFUE, apartado 1, la práctica empresarial de cesión o compra de los créditos sin ofrecer la posibilidad al consumidor de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cessionario?*
- b) *¿Es compatible con los principios que se postulan en la Directiva [93/13], y por extensión con el principio de efectividad y con sus artículos 3, apartado 1, y 7, apartado 1, dicha práctica empresarial de compra de la deuda del consumidor por un precio exiguo sin su consentimiento ni conocimiento, que omite su plasmación como condición general o cláusula abusiva impuesta en el contrato, y sin [dar] oportunidad de participación al consumidor en tal operación a modo de retracto?*

Resulta importante señalar que los contratos de crédito no contemplaban la posibilidad de la cesión de los créditos en cuestión por lo que los términos del debate fueron planteados ante la posible existencia de una práctica empresarial abusiva y no de una cláusula abusiva.

En primer lugar, el TJUE afirma lo siguiente.

40. *Pues bien, en el presente asunto, del auto de remisión resulta que ninguna cláusula de los contratos del litigio principal prevé ni regula la posibilidad de que el Banco Santander transmita a un tercero los créditos que tiene frente a los deudores en el litigio principal, así como tampoco el derecho eventual de estos últimos a extinguir la deuda mediante la compra de los créditos al tercero. Así pues, tal transmisión de créditos se llevó a cabo con fundamento en las disposiciones pertinentes del Código civil.*

41. *De lo anterior se deduce que, al no existir ninguna cláusula contractual relativa a este punto, la Directiva 93/13 no se aplica a las prácticas a que se refieren las letras a) y b) de la primera cuestión prejudicial en el asunto C-96/16.*

Prosigue el TJUE razonando que en la medida en que mediante la primera cuestión prejudicial el juzgado remitente pide que se dilucide si la Directiva 93/13 se opone a las disposiciones nacionales que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cessionario en los procedimientos en curso, que figuran en el artículo 1535 del Código civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el hecho de que tales disposiciones no garanticen una protección suficiente de los intereses de los consumidores por las razones recordadas en el apartado 26 de la presente sentencia, procede hacer constar que, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la propia Directiva, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva.

De esta forma, el TJUE enjuicia de la siguiente forma:

43. *Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal como resulta del considerando decimotercero de la Directiva 93/13, la exclusión del ámbito de*

aplicación de esta Directiva prevista en el citado artículo 1, apartado 2, se extiende a las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas, es decir, de normas que únicamente se aplican si las partes no han dispuesto otra cosa. Tal exclusión se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada).

44. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende sustancialmente que la referida exclusión abarca las disposiciones legales o reglamentarias imperativas distintas de las que se refieren al control judicial de las cláusulas abusivas, especialmente las relativas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartado 27 y jurisprudencia citada).

45. En el auto de 5 de julio de 2016, Banco Popular Español y PL Salvador (C-7/16, no publicado, EU:C:2016:523, apartados 24 a 27), el Tribunal de Justicia declaró, a la luz de la jurisprudencia citada, que la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 abarca una disposición de Derecho nacional como el artículo 1535 del Código civil porque este artículo es una norma imperativa y no se refiere a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual. A este respecto, de un modo más general cabe añadir que no parece que el citado artículo 1535 esté relacionado con el control de las cláusulas abusivas.

46. A la luz de la información contenida en el auto de remisión, parece que sucede lo mismo en el caso de los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, extremo este que, sin embargo, corresponde verificar al juzgado remitente.

Por todo lo anterior, la decisión del TJUE es la siguiente:

47. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letras a) y b), en el asunto C-96/16, por una parte, que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso.

En nuestra opinión, la decisión del TJUE es acertada, es decir, no hemos de olvidar que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores extiende su ámbito de aplicación a las «cláusulas abusivas» de conformidad con lo previsto en su artículo 3, siendo ajeno el mismo a las «prácticas no consentidas expresamente», donde encuadra el juez nacional la decisión de cesión del crédito sin

comunicación al consumidor prestatario sin ofrecer la posibilidad al consumidor de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cessionario.

En este sentido, hemos de recordar que el concepto de «prácticas no consentidas expresamente» al que hace referencia el actual artículo 82 de la Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias cuando regula lo siguiente: *«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*, fue introducido en nuestro Ordenamiento jurídico por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, dado el carácter «de mínimos» de la Directiva 93/13/CEE, ya que el artículo 8 de la misma prevé expresamente lo siguiente: *«Los Estados miembro podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección»*.

La parca justificación del legislador español para introducción en nuestra legislación del supuesto consistente en «práctica no consentida expresamente» fue lo siguiente en la Exposición de Motivos de la Ley 44/2006: *En materia contractual, por último, se clarifica en el artículo 10 bis 1 la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios*.

Por otro lado, el TJUE se encarga de recordarnos que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal como resulta del considerando decimotercero de la Directiva 93/13, la exclusión del ámbito de aplicación de esta Directiva prevista en el citado artículo 1, apartado 2, se extiende a las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas [Auto de 5 de julio de 2016, *Banco Popular Español y PL Salvador (C-7/16, no publicado, EU:C:2016:523, apartados 24 a 27)*, el Tribunal de Justicia declaró, a la luz de la jurisprudencia citada, que la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 abarca una disposición de Derecho nacional como el artículo 1535 del Código civil porque este artículo es una norma imperativa y no se refiere a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual].

Por lo expuesto, coincidimos con el TJUE que la problemática derivada de la práctica empresarial de cesión o compra de los créditos sin ofrecer la posibilidad al consumidor de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cessionario es ajena al Derecho de la Unión Europea, por lo que entendemos que ha de resolverse al amparo de la normativa nacional donde hemos de encontrar la suficiente protección a los consumidores, ante esta situación no deseada, al amparo de lo previsto en el artículo 51 de la Constitución española.

II. LA FALLIDA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD RESUELTA POR EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 168/2016, DE 4 DE OCTUBRE DE 2016

Mediante auto 168/2016, de 4 de octubre de 2016 se aborda por el Tribunal Constitucional y se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad 2209-2016, plan-

teada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona en relación con los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona entendió que se debía determinar si es conforme con los artículos 14 y 51.1 y 3 CE la práctica empresarial consistente en comprar un crédito a un precio ínfimo, muy por debajo de lo reclamado por el acreedor inicial, y luego exigir el nuevo acreedor la totalidad del crédito pendiente al deudor (cliente bancario y por tanto consumidor), sin dar a este la posibilidad de extinguir su deuda adquiriendo el crédito vendido por el importe de la cesión (más intereses, costas y gastos del proceso para el cessionario, si los hubiere); lo que evitaría así la especulación de ese crédito. El Juzgado consideró que la regulación contenida en los artículos 17 y 540 LEC y 1535 del Código civil, en su conjunto, resulta incompatible con los derechos o intereses de los consumidores cuya protección exigen los citados preceptos constitucionales.

En su escrito de alegaciones, la Fiscal General del Estado interesó la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad aduciendo que el planteamiento del Juzgado excede del ámbito propio de la cuestión de inconstitucionalidad, pues pretende una inadmisible depuración del ordenamiento jurídico en abstracto (por todos, ATC 24/2000, FJ 1). No duda, en efecto, de la validez de los preceptos cuestionados, ni tampoco que la figura jurídica del retracto de créditos litigiosos no resulta de aplicación al caso; lo que interesa del Tribunal Constitucional es una determinada interpretación integradora del ordenamiento, que el Juzgado estima más apropiada para la defensa de los consumidores en supuestos como el sometido a su enjuiciamiento en el proceso *a quo*.

El Tribunal Constitucional esgrime como primer argumento de rechazo de la cuestión de inconstitucionalidad que estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad; que la norma con rango de ley cuestionada sea «aplicable al caso» (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). El planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad determina, en consecuencia, la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad (art. 37.1 LOTC).

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional, como rechazo a la cuestión de inconstitucionalidad, afirma que cabe añadir que tampoco resulta satisfecho en el presente caso el juicio de relevancia, esto es, la exigencia de justificar en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma legal que se cuestiona por el órgano judicial (arts. 163 CE y, 35.1 y 2 LOTC).

En suma, el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona no duda de la validez de los preceptos cuestionados en su Auto. Lo que pretende del Tribunal Constitucional mediante el planteamiento de la cuestión es una determinada interpretación integradora del ordenamiento, que el Juzgado estima más apropiada para la defensa de los consumidores en supuestos como el sometido a su enjuiciamiento en el proceso *a quo*. Esta pretensión asoma de manera explícita en el Auto de planteamiento de la cuestión cuando afirma que «*lo que se trata de evidenciar ahora es que el Tribunal Constitucional podría hacer una lectura de*

los preceptos procesales (art. 17 y 540 LEC) y del material (art. 1535 CC), acorde con el interés general, los intereses económicos de los consumidores, no dejando al albur de una u otra Comunidad Autónoma la decisión de conceder el retracto a los consumidores».

Es decir, el Juzgado no cuestionaba la regulación de la sucesión procesal contenida en los artículos 17 y 540 LEC, ni tampoco el retracto de créditos litigiosos del artículo 1535 del Código civil. Lo cuestionado es el déficit de protección —en opinión del Juzgado— de los deudores que tienen la condición de consumidores; al no contemplarse en nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto un derecho de retracto, similar al establecido en el artículo 1535 del Código civil, para los supuestos como el planteado en el proceso *a quo*; el crédito cedido no tiene la condición de litigioso, lo que permite que tenga lugar una práctica empresarial especulativa como la descrita en el Auto de planteamiento de la cuestión, que el Juzgado considera contraria a la protección que el ordenamiento debe brindar a los consumidores.

Pues bien, de nuevo entendemos acertado el fallo de inadmisión por parte del Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad presentada en estos extremos por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. Es decir, en nuestra opinión y sin faltarle argumentos al referido Juzgado en cuanto al fondo de la cuestión —según expondremos con posterioridad— estimamos que debería haberse puesto también de relieve en la cuestión de inconstitucionalidad el asunto relativo al deber de información a los consumidores respecto del crédito cedido así como haber cuestionado efectivamente tanto el artículo 1535 del Código civil en cuanto a la literalidad del mismo relativo a la admisión del ejercicio del derecho potestativo en él regulado solo en la fase declarativa, debiéndose haber reconocido también por el Juzgado que planteó la cuestión que sí se está admitiendo el requisito del carácter litigioso del crédito en la fase ejecutiva en función de la interpretación que se está realizando por diversas Audiencias Provinciales, implicando lo mismo que partiendo de dicho reconocimiento no exista trámite procesal para el ejecutado de ejercitar el derecho del artículo 1535 del Código civil en los casos de sucesión procesal previstos en los artículos 17 y 540 LEC momento temporal en el que se viene admitiendo la reclamación del crédito por el cesionario a los efectos del cómputo del plazo para el ejercicio de un derecho que sin embargo carece de trámite procesal para su ejercicio. Siendo por otro lado importante que el propio artículo 1535 del Código civil no contenga igualmente una clara regulación del ejercicio del derecho extintivo en fase extrajudicial la cual puede venir dada por la mera comunicación de la cesión del crédito por parte del cedente al deudor cedido sin tener que esperar para el ejercicio del referido derecho la reclamación del cesionario al deudor cedido.

Lo anterior, es decir, el verdadero cuestionamiento constitucional de dichos preceptos y no la búsqueda de una interpretación de los mismos favorable a los consumidores es lo que debería haber llevado al Juzgado para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

La fallida cuestión de inconstitucionalidad no debe implicar la inexistencia de un nuevo juicio revisorio por parte del Tribunal Constitucional de los artículos 1535 del Código civil y 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo el prisma del artículo 51 de la Constitución española, una vez desestimada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial planteada en relación con los mismos, siempre y cuando en su planteamiento el juez cuestione la constitucionalidad de las referidas normas sin buscar una mera interpretación favorecedora al consumidor, ya que de esta forma no se vería afectada la nueva cuestión de

inconstitucionalidad por el efecto de la cosa juzgada de la previa cuestión de inconstitucionalidad al plantearse la nueva mediante la alegación de unos motivos diferentes y sobre todo cuestionando la constitucionalidad de dichas normas.

En este sentido, coincidimos con FERNÁNDEZ FRUTOS¹ cuando al analizar los efectos de la resolución desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad afirma lo siguiente: «De acuerdo con lo dicho, se considera que la discusión respecto a si es posible plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando se ha dictado una previa sentencia desestimatoria en una anterior cuestión de inconstitucionalidad debe entenderse desde el efecto de cosa juzgada material, y así, como se dijo en el Capítulo II, solo si la norma se cuestiona en base a diferentes motivos de inconstitucionalidad, o si las circunstancias existentes cuando se dictó la sentencia desestimatoria han variado, cobrará sentido el planteamiento de una posterior cuestión de inconstitucionalidad que tenga por objeto esa misma norma. Desde esta perspectiva cobra toda su lógica el ATC 17/99, único en que el Tribunal Constitucional declara que *«la desestimación por razones de fondo de una cuestión de inconstitucionalidad debe cerrar, como regla general (que hasta el momento solo ha sido exceptuada cuando la desestimación lo era por razones estrictamente de forma), la válida posibilidad de que idéntica cuestión (esto es, relativa a la misma norma, fundada en los mismos preceptos constitucionales, la misma hipotética lesión y los mismos motivos) se pueda volver a plantear ante este Tribunal»*, ya que supone reconocer los efectos de cosa juzgada material de las decisiones desestimatorias dictadas en la tramitación de cuestiones de inconstitucionalidad».

III. EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES A SER INFORMADOS DE UNA CESIÓN DE CRÉDITOS

En nuestra opinión el análisis de la existencia o no de «prácticas no consentidas expresamente» al que hace referencia el actual artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en este caso, ha de venir por la constatación de una omisión por parte del cedente en relación con el deudor cedido, en sede del artículo 1535 del Código civil. Es decir, si efectivamente la falta de comunicación al deudor cedido de la cesión del crédito impidiendo el ejercicio de su derecho a la extinción del mismo antes de la fase ejecutiva judicial donde no goza de cauce procesal para lo mismo (art. 540 de la Ley Rituaria), supone una práctica no consentida expresamente que pudiera calificarse de abusiva a raíz de la existencia de un derecho del consumidor a ser informado de dicha cesión.

La perversidad del sistema actual estaría pues servida, así, en los casos como el que originó la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad donde no existía en el clausulado contractual mención alguna a la posibilidad de la cesión de los créditos, por lo que bastaría pues con que se produjera la sucesión procesal en el proceso de ejecución por parte del cesionario del crédito para que el consumidor no pudiera articular el derecho potestativo que le ofrece el artículo 1535 del Código civil.

Asimismo, la inefficiencia del sistema igualmente se vería en el caso de la existencia de una cláusula abusiva que hiciera renunciar al consumidor a la comunicación de la cesión del crédito [sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 702)] ya que aunque en este supuesto sí habría

trámite de oposición a la ejecución por la existencia de una cláusula abusiva (siempre que la misma fuera considerada de interés para la propia ejecución de conformidad con el art. 557 LEC), de nuevo el juez de la ejecución volvería a toparse con el artículo 540 LEC que no concede cauce procesal para el ejercicio del conocido retracto de crédito litigioso por parte del consumidor.

Volviendo el caso analizado de la práctica no consentida expresamente y su relación con una actitud omisiva, exponemos a continuación el estado de la cuestión acerca de la existencia o no de un derecho de información del consumidor ante la cesión del crédito.

A estos efectos nos parece muy interesante el trabajo de ALBIEZ DOHR-MANN² publicado en esta misma *RCDI* y por su interés reprodumos en este momento sus reflexiones, para luego exponer nuestra visión al respecto.

«Hemos podido constatar que, salvo el artículo 31.2 LCC, el Derecho de los consumidores no contempla el derecho de información del consumidor sobre la cesión de créditos y la titulización de créditos (...)

Para justificar el derecho de información del consumidor de la cesión y de la titulización de créditos podríamos invocar, en primer lugar, la transparencia que se requiere al menos en la contratación bancaria. El prestatario-consumidor debería saber *per se* cualquier cambio que se produzca respecto al crédito que debe, siendo, en palabras del artículo 8.1 OM EHA, 2899/2011, un hecho de información relevante (...)

El desconocimiento del consumidor de la cesión de un crédito, ¿debilita su posición jurídica frente al cedente o al cesionario, como argumenta la Directiva 2008/48/CE. En realidad, la pregunta correcta es si el deudor cedido queda perjudicado si no tiene conocimiento de la cesión del crédito. Como regla general, la cesión del crédito no significa, en principio, un empeoramiento de la posición jurídica del deudor cedido. Desde luego, el deudor cedido no puede ser perjudicado por la cesión del crédito. Todas las excepciones (materiales y procesales) que el deudor cedido puede oponer al cedente las puede oponer también al cesionario. El pago o cualquier subrogado de cumplimiento que hubiera tenido lugar pueden ser alegados por el deudor cedido frente al cesionario. En la cesión de un crédito litigioso, el deudor puede ejercitar el derecho de retracto dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago (art. 1535 CC). Lo interesante de esta opción es la importante reducción del precio del crédito que puede permitir al deudor adquirirlo y enervar en algunos casos la posible ejecución del mismo, pero, además, su uso puede servir para evitar, en alguna medida, la especulación a la que se ven abocados los créditos de familias, de consumidores, y que se convierten en gestiones abusivas de los mismos con el fin de facilitar esa especulación. ¿Puede, no obstante, verse perjudicado el deudor por una cesión de crédito? La ocultación de datos de la cesión del crédito o de la cesión misma puede impedir al deudor oponer determinadas excepciones que traigan causa del propio contrato de cesión (p.e., la compensación de créditos, renuncia del crédito, cesión parcial del crédito...). Son supuestos excepcionales que quizás no justifican por si solo un derecho de información. Menos claro se ve el perjuicio que pueda causar al deudor la titulización de créditos porque el fondo de créditos titulizados no tiene personalidad jurídica, por lo que, en principio, sigue siendo titular del crédito titulado la entidad bancaria cedente».

En nuestra opinión:

- (i) Efectivamente, existe un claro derecho a la información al consumidor de la cesión del crédito en los casos de crédito al consumo, tal y como claramente

prevé el artículo 31 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, cuando regula lo siguiente:

Artículo 31. Cesión de los derechos.

1. Cuando los derechos del prestamista en virtud de un contrato de crédito o el propio contrato sean cedidos a un tercero, el consumidor tendrá derecho a oponer contra el tercero las mismas excepciones y defensas que le hubieren correspondido contra el acreedor originario, incluida la compensación.

2. Se informará al consumidor de la cesión indicada en el apartado anterior, excepto cuando el prestamista original, de acuerdo con el nuevo titular, siga prestando los servicios relativos al crédito al consumidor.

(ii) Consideramos que igual predicamento ha de exigirse en cuanto a la información de la cesión del crédito hipotecario no solo en virtud de la normativa de transparencia bancaria donde el artículo 8.1 Orden EHA, 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios obliga a informar al cliente de los hechos relevantes que acaezcan en la prestación del servicio, cuando regula lo siguiente:

1. Toda comunicación de las entidades de crédito, en los términos previstos por la normativa correspondiente, referida a cualquiera de los servicios bancarios previstos en esta orden deberá:

- a) reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollan los servicios;*
- b) no destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes al mismo;*
- c) resultar suficiente para que el destinatario más habitual de la misma comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio, y;*
- d) no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante.*

Igualmente y a nuestro juicio la obligación de información de la cesión del crédito hipotecario podría defendarse en función de lo previsto en el artículo 13.1. i) de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010, que prevé como obligación de información lo siguiente: «*la gama de las diversas opciones existentes para reembolsar el crédito al prestamista (incluyendo el número, la periodicidad y el importe de las cuotas de reembolso)*»³. Es decir, si el prestatario consumidor ha de conocer cómo reembolsar el crédito al prestamista, lógicamente, tendrá que conocer quién es el prestamista para poder efectuar ese reembolso.

Como recoge ALBIEZ DOHRMANN (el derecho de información...), esta es la solución del legislador alemán al transponer la Directiva 2014/17/UE al BGB (*Vid. §§ 493.6, 496.2 en relación con el § 491*), o sea, exigir la notificación al deudor cedido de la cesión del crédito hipotecario.

A mayor abundamiento, hemos de recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (*RJ 2010, 702*), entendió igualmente abusiva la renuncia a la notificación de la cesión del crédito hipotecario cuando razonó lo siguiente:

«La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El artículo 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritu-

ra pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al artículo 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cessionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el artículo 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso)».

(iii) Sin embargo, entendemos que la falta de notificación al deudor de la cesión del crédito sí puede ser perjudicial para el deudor, de hecho y como hemos venido anunciando (admitida por nuestras Audiencias Provinciales la posibilidad de existencia de «crédito litigioso» en el proceso de ejecución, como con posterioridad expondremos) el deudor cedido carece al amparo del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de trámite para el ejercicio de su derecho a extinguir el crédito que le permite el artículo 1535 del Código civil. Por ello, cedido el crédito sin notificación al deudor, este no puede extinguirlo extrajudicialmente y el cessionario solo tiene que esperar a solicitar la sucesión procesal en el juicio ejecutivo para impedir el derecho potestativo del artículo 1535 del Código civil, con lo que de forma evidente se está perjudicando el fin de protección de la norma, o sea, no se evita la especulación del crédito.

Por otro lado y en cuanto a otros perjuicios para el deudor cedido ante la falta de información de la cesión y que justificarían el carácter necesario de dicha información conviene recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 702), que declara nula la renuncia a la notificación del crédito cedido por parte de un consumidor por vulneración de los vigentes artículos 86.4 (la privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación) y 86.7 (La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En relación con la misma, GONZÁLEZ PACANOWSKA⁴ expone con acierto otros posibles perjuicios (diferentes al ejercicio del derecho del art. 1535 CC) que le pueden suponer a un deudor cedido la falta de conocimiento de dicha cesión cuando razona lo siguiente:

«En caso de simple cesión del crédito podría pensarse que la renuncia a la notificación no supone, sin más, un perjuicio del deudor. El Código civil no exige la notificación, ni es presupuesto de eficacia y validez, sino que la configura más bien como una carga cuyo incumplimiento supone, fundamentalmente, lo previsto en los artículos 1527 y 1198.3 del Código civil. Es decir, el pago liberatorio al cedente (que ya

no es acreedor) y la posibilidad de oponer la situación de compensación posterior, pero anterior al conocimiento, cuyos presupuestos subjetivos en realidad no se cumplen con el cessionario (nuevo acreedor, pero no deudor «recíproco»), sino con el cedente (deudor «recíproco», pero ya no es acreedor); posibilidad esta de compensación que, además, solo tiene el deudor cedido. Nótese que no es el conocimiento de la cesión lo que impide al deudor cedido extinguir su deuda mediante la compensación por razón del crédito que ya tuviera contra el cedente, sino el consentimiento (art. 1198.1 CC). Y la cláusula debatida no prevé el consentimiento anticipado a la cesión del crédito, sino solo la renuncia a la notificación. No obstante, la objeción del Supremo habría de mantenerse para los créditos que pudieran surgir a favor del deudor (contra el cedente) después de la cesión y antes de su conocimiento (art. 1198.3). Efectivamente la cláusula podría privarle de la posibilidad de extinguir su deuda mediante la compensación con dichos créditos posteriores a la cesión no conocida. Es más, lo que hace el Supremo es situar la cláusula de la renuncia a la notificación en el peor de los escenarios posibles, como renuncia a cualquier protección legal derivada de la ausencia de conocimiento; por lo que, de nuevo, se trata de una interpretación en contra de quien ha ocasionado la oscuridad, como conviene a la acción colectiva. De otro lado, el mayor peligro que la práctica ofrece, no radica tan solo en privar al deudor de la liberación por razón de pago al acreedor aparente (art. 1527), ni de la posibilidad de compensación, por lo que sanción de nulidad parece plenamente adecuada. En primer lugar, cabe pensar en otros perjuicios, como por ej., la elevada cuantía de intereses moratorios, exigidos con evidente retraso desleal por parte del cessionario, «sin que durante mucho tiempo tuvieran conocimiento de ello los deudores, que mal podían pagarle, sin saber que era su acreedora» (SAP Murcia de 10 de abril de 2006, *[JUR 2006, 159499]*). En segundo lugar, cabe observar que si bien la renuncia a la notificación no es consentimiento a la cesión, el cessionario pretende, en ocasiones, transmutar dicha renuncia en supuesta aquiescencia o consentimiento efectivo a la cesión. Y, aunque dicho consentimiento expreso, en principio, solo debería tener el alcance previsto en el propio artículo 1198.1 del Código civil (referida a la pérdida de la posibilidad de oponer al cessionario la compensación por deudas del cedente), se ha intentado interpretar como una supuesta «renuncia» a oponer al cessionario el incumplimiento de las obligaciones que el cedente tenía a su vez —como deudor recíproco— frente al consumidor.

Con el resultado de lograr el empresario no cumplir con sus obligaciones, pero —al interponerse el cessionario— se obliga al consumidor a cumplir con las suyas, en contra del artículo 87.1 TR. Y, como ya ha tenido ocasión de resaltar la jurisprudencia menor, la legislación protectora del consumidor «impone dar la posibilidad al consumidor a oponer las excepciones al cessionario, que le asisten frente al cedente, ya que de lo contrario, una cesión que agrava las condiciones del deudor, sería *per se* abusiva... al desequilibrar las prestaciones entre las partes e imponer una vinculación indefinida del consumidor al contrato, no obstante el incumplimiento del profesional» (SAP Asturias de 5 de abril de 2005, *[AC 2005, 842]*. V. además otros supuestos en la obra ya citada, *Comentarios del TRLGDCU*, 1079 y sigs.).

A nivel del legislador autonómico la cuestión no ha pasado desapercibida y ha merecido la atención normativa correspondiente. De esta forma, podemos citar la disposición adicional tercera de la Ley 3, 2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda de la comunidad autónoma de Andalucía, que prevé la obligación de información al consumidor de la siguiente forma:

«Disposición adicional tercera. Información durante la vigencia del préstamo hipotecario.

1. *Cualquier circunstancia modificativa o extintiva, mediante cualquier forma de ella, sea en documento público o privado, del préstamo hipotecario que se produzca tras la firma del mismo deberá ser notificada de forma expresa y fehaciente a la persona titular del préstamo y a la persona garante de la operación por las empresas prestamistas.*

2. *En caso de transmisión del préstamo hipotecario por parte de la empresa prestamista, sea cual sea su forma, pública o privada, esta deberá comunicar, de forma expresa y fehaciente, en el plazo de diez días hábiles a la persona consumidora titular del préstamo y a la persona garante, en su caso, el nombre, dirección y todos los datos necesarios para la completa identificación del nuevo acreedor hipotecario.*

3. *Asimismo, cualquier requerimiento o comunicación que con carácter previo a la ejecución del préstamo hipotecario realice la empresa prestataria ante un eventual incumplimiento de la obligación de pago por parte de la persona consumidora y usuaria, titular del préstamo, ha de ser notificado de forma expresa y fehaciente a la persona garante de la operación.*

4. *En el caso de que tenga lugar la dación en pago, las empresas prestamistas deberán poner a disposición de las personas consumidoras y usuarias, tanto titulares del préstamo como garantes, de forma expresa y fehaciente, del proyecto en el que se formalice la misma con una antelación de tres días hábiles a su firma.*

En el referido proyecto se deberá recoger de forma expresa la cancelación absoluta y total de las garantías ofrecidas por cualquier persona al titular del préstamo».

En el Acuerdo de 9 de marzo de 2017, del Ministerio de la Presidencia y Administraciones Territoriales, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley de Andalucía 3, 2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda (BOJA número 75, viernes, 21 de abril de 2017) se resuelven las discrepancias sobre la constitucionalidad de dicha norma cuando se acuerda por ambas Administraciones lo siguiente: «*La Junta de Andalucía promoverá la modificación de la disposición adicional tercera apartado 2 clarificando que lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de la misma ha de entenderse con respecto en cualquier caso a lo dispuesto en el artículo 242 del Reglamento Hipotecario, de modo que se clarifique que la regulación en materia de consumo en ningún caso modifica lo dispuesto en dicho precepto.*»

Nos sorprende en cierta manera que el acuerdo sobre la constitucionalidad de dicha norma se haya efectuado sobre el respeto a lo dispuesto en el artículo 242 del Reglamento Hipotecario, ya que como hemos tenido oportunidad de comprobar esa norma reglamentaria hipotecaria cede ante la normativa tutiva protectora de los consumidores, tal y como razonó la meritada sentencia del

Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702), debiéndose por otro lado tener presente que la legislación hipotecaria («*ordenación de registros e instrumentos públicos*») ex. artículo 149.1.6 CE y la legislación mercantil son competencia exclusiva del Estado ex 149.1.8 CE.

Asimismo y con carácter más reciente hemos de referirnos a la Ley 4/2018, de 21 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura y el nuevo artículo 12 bis que añade la misma a dicho Estatuto que recoge la obligación de información de cesión al consumidor pero solo en los casos de cesión del crédito hipotecario en los casos de titulización del mismo, cuando regula lo siguiente:

«3. Las entidades que hayan cedido un crédito hipotecario u ordinario a un fondo de titulización deberán informar por escrito de esta cesión a la persona con la que hubieran firmado el contrato de préstamo garantizado con hipoteca u otro tipo de préstamo, con distinta garantía o sin garantía. Esta notificación de la cesión, transmisión o titulización se realizará de oficio por parte de las entidades financieras en el momento de producirse o a petición del consumidor interesado o consumidora interesada, en cualquier otro momento».

En el caso de la normativa autonómica extremeña nos sorprende que haga solo referencias a las cesiones de créditos a los fondos de titulización y no a cesiones de crédito ordinarias. En cuanto a la constitucionalidad de dicha norma, las dudas sobre la misma se ciernen desde un primer momento ya que la legislación hipotecaria («*ordenación de registros e instrumentos públicos*») ex artículo 149.1.6 CE y la legislación mercantil son competencia exclusiva del Estado ex 149.1.8 CE, lo que redunda en nuestra idea de que la protección del consumidor en este ámbito ha de venir desde la normativa estatal con el objeto de evitar la inconstitucionalidad de la norma autonómica correspondiente.

Otra cuestión y desde un punto de vista competencial diferente es lo sucedido en Cataluña donde el nuevo artículo 569-28.2 del Código civil de Cataluña (Ley 3/2017 de 15 de febrero) establece que «*El titular de un crédito o préstamo hipotecario que transmite su derecho debe notificarlo fehacientemente al deudor y, si procede, al titular registral del bien hipotecado, como presupuesto para la legitimación del cessionario, indicando el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. La renuncia del deudor a la notificación en cualquier momento es nula*»⁵.

En conclusión, entendemos que existen argumentos suficientes para sostener la obligación de información de la cesión al consumidor cedido respecto de la cesión del crédito correspondiente cuya omisión puede perjudicar —en lo que ahora nos ocupa— el ejercicio del derecho a extinguir el crédito ante la inexistencia de trámite procesal en la solicitud de sucesión procesal por parte del cessionario en el proceso de ejecución.

IV. EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL PROCESO EJECUTIVO

De sumo interés nos resulta el trabajo sobre la materia de SENÉS MOTILLA⁶ con el objeto de poder abordar un tratamiento completo al resultado de lo ocurrido en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018.

Antes de abordar el estricto tratamiento procesal de la cuestión y nuestras objeciones a la constitucionalidad del sistema, conviene exponer nuestras consideraciones a algunas de las cuestiones que mayor suspicacia han levantado en la doctrina y la jurisprudencia en relación con la admisibilidad del ejercicio del derecho potestativo regulado en el artículo 1535 del Código civil, es decir, la aplicación de la regla imperativa del artículo 1535 del Código civil a la venta de carteras de créditos y la consideración del carácter litigioso del crédito en el proceso de ejecución.

En este sentido y en el caso de ventas de carteras de crédito, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales viene razonando con abrumadora mayoría, como de hecho lo hace la sentencia que la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) núm. 192/2018 de 4 de mayo (*JUR* 2018, 189735) cuando afirma «...que en los casos en que se produjo una cesión de créditos en bloque (transmisión de una pluralidad de créditos o de una cartera de créditos por un precio global y único) impide la aplicación del artículo 1535 del Código civil por falta de individualización en cuanto al precio de cada una de las cesiones que la operación comprende. El precepto es inaplicable porque, en la cesión, no está determinado un precio cierto que el cesionario paga al cedente por cada uno de los créditos que se transmiten, se paga por el conjunto de los créditos cedidos y por ninguno de estos en particular y el precio global es referido a las oportunidades de cobro de algunos créditos, con previsión del carácter fallido de otros, sin que se sepa con seguridad al tiempo de la cesión el grupo en que se encuentra cada uno de los derechos que se ceden, así es que no resulta posible dar un precio individualizado a cada crédito, ni aun fijando un valor razonable o mediante informes periciales al respecto, pues estos no dejarían de ser meramente especulativos.

Así, se ha venido manteniendo en la Audiencia Provincial de Madrid el criterio de que, en supuesto de cesión global de créditos, no cabe el denominado retracto de créditos litigiosos. En este sentido, sentencias de la Sección Decimooctava de fechas 26 de junio y 24 de julio de 2017 (rollos 237 y 387 de 2017), sentencia de la Sección Duodécima de 6 de marzo de 2017 (rollo 877, 2016), sentencia de la Sección Decimocuarta de fecha 23 de diciembre de 2016 (rollo 556, 2016), sentencia de la Sección Novena de fecha 29 de septiembre de 2016 (rollo 599, 2016) y sentencia de la Sección Vigésima 16 de enero de 2018 (rollo 550, 2017)».

Sin embargo, interesantes resultan las reflexiones de SOLER SOLÉ⁷ cuando razona que «la cuestión es de cierta complejidad, puesto que los cesionarios suelen alegar que les resulta imposible concretar el importe de la cesión del concreto crédito objeto de la concreta ejecución, dado que se trata de una venta de cartera con un precio alzado, sin individualización. Para fundar su negativa a la aportación de esta información, suele alegarse el artículo 1532 del Código civil, relativo a la venta de una universalidad o en globo. Ello no obstante, este precepto se refiere a la venta de una totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, de lo que cabe deducir («totalidad») que se requiere una conexión entre los elementos, la cual no se da en la mera agregación de créditos en una cesión de cartera, en la que la única conexión es la persona del acreedor cedente. De hecho, parece ajustarse en mayor medida el artículo 1479 del Código civil, que se refiere a la venta de dos o más cosas conjuntamente por un precio alzado o particular para cada una de ellas. Es por ello que únicamente en el caso del artículo 1532 del Código civil (que no concurre en las cesiones de carteras) estaría justificado un tratamiento unitario. Con todo ello queda justificado que por parte del juzgado se requiera al cesionario para concretar este extremo, sin el cual no es viable ejercitar el retracto, especialmente cuando el deudor ha mostrado su

voluntad de hacerlo. De persistir el cesionario en su negativa (lo que sucede con frecuencia), podría habilitarse un último recurso en forma igualmente de requerimiento: si no dispone de un precio individualizado (por haberse efectuado una venta de cartera), requerirle para que aporte el precio total de la compraventa, en relación con el volumen total de créditos cedidos, tanto su importe nominal inicial (es decir, al tiempo de la contratación de cada crédito) como el importe de los mismos pendiente de satisfacción al tiempo de la cesión (lo que integraría el valor real de mercado de los créditos al tiempo de la compra venta). De este modo podría establecerse la correspondiente proporción entre precio global (cuyo conocimiento está lógicamente al alcance del cesionario), nominal pendiente de cobro de todos los créditos y nominal pendiente de cobro del crédito objeto de la ejecución, y determinar la parte del precio imputable al mismo, a los efectos de habilitar el ejercicio del derecho de retracto. Este requerimiento puede hacerse con la advertencia de que, en caso de no ser, de nuevo, cumplimentado, se entenderá que la cesión se hizo gratuitamente».

Sin dejar de coincidir con las opiniones de SOLER SOLÉ antes vertidas sobre la necesaria conexión de los elementos que han de confluir en el objeto de la venta de la universalidad a la que se refiere nuestro Código civil, no es menos cierto que se antoja bastante complicado en nuestro ordenamiento el entendimiento de dicha «cohesión»⁸. Así, PASTOR VITA (Venta en Globo..., 121)⁹ tras asumir principalmente las tesis de BARBERO en la doctrina italiana (con las matizaciones que realiza el citado autor) en cuanto a la naturaleza de las universalidades, reconoce la dificultad de mostrar en nuestro sistema jurídico un concepto definitorio de qué ha de entenderse por cohesión o conexión entre los elementos que conforman la misma¹⁰.

La abstracción y dificultad en los conceptos propios y necesarios para el entendimiento del artículo 1532 del Código civil (que no debemos olvidar, es el argumento recurrente y principal para los defensores de la inaplicación del artículo 1535 del Código civil en los casos de ventas de carteras de créditos, afirmando así la imposibilidad de individualizar el precio en las ventas de universalidades que pudieran facultar al ejercicio del derecho extintivo del crédito por parte del deudor cedido en los términos legales) nos hace recurrir a la práctica de este tipo de operaciones que reflejan autores como PÉREZ LÓPEZ, MOYA FERNÁNDEZ y TRIGO SIERRA¹¹ que describen la operativa de la venta de carteras de crédito con rasgos como los siguientes: «Por otra parte, el comprador tampoco querrá celebrar una venta en globo de las previstas en el artículo 1532 del Código civil, en las que se responde de la venta del todo en general, sin que el vendedor se obligue al saneamiento de cada una de las partes vendidas, salvo en caso de evicción o vicios que afecten al todo o a la mayor parte de lo vendido. Así, en las compraventas de *non-performing loans*, el vendedor responderá por cada uno de los créditos que incumpla las declaraciones y garantías, una vez superada la franquicia que las partes puedan pactar. (...) Una cuestión que se negocia con frecuencia en los contratos de compraventa es la responsabilidad asumida por el vendedor respecto de los créditos litigiosos cuyos deudores ejerciten el retracto legal previsto en el artículo 1535 del Código civil español. (...) De este modo, solo en el caso de que un deudor ejerza de manera efectiva el retracto legal y pague al comprador el importe correspondiente, el crédito se consideraría defectuoso...». O sea, se admite por estos autores la pretensión del comprador de no configurar la venta de cartera de créditos como venta de una universalidad y la posible aplicación del artículo 1535 del Código civil a las mismas.

En nuestra opinión, consideramos que hemos de estar al análisis del correspondiente contrato de venta de cartera de créditos para poder posicionarnos sobre la aplicabilidad o no al mismo de la posibilidad prevista en el artículo 1535 del Código civil, huyendo por tanto de la rotunda negativa y generalidad con la que se posiciona la Jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales al respecto. De esta forma, si en el contrato se pacta un régimen de responsabilidad del vendedor con saneamiento particularizado (como suele ocurrir en numerosas ocasiones en la práctica), tendremos un importante elemento interpretativo para poder sostener la aplicación del artículo 1535 del Código civil a la venta de carteras de créditos al quebrar en gran medida la cohesión necesaria en los elementos para entender el objeto de la compraventa como una universalidad vendida o como un todo unitario, sin que en estos casos pudiera servir de objeción lo previsto en el artículo 1532 del Código civil.

En segundo lugar y respecto con la posibilidad de reconocer el carácter litigioso del crédito en el proceso de ejecución, mostramos nuestra conformidad con SENÉS MOTILLA¹² quien tras citar algunas resoluciones judiciales que lo dan a entender estima lo siguiente: «Sobre este particular, somos proclives a admitir que también el crédito reclamado y controvertido en el proceso de ejecución por título extrajudicial pueda merecer la calificación de litigioso, aunque una cosa es admitir tal consideración y otra concluir que el procedimiento ejecutivo, en el estado actual de la legislación, sea el cauce adecuado para el ejercicio del derecho a extinguir el crédito *ex artículo 1535*. Como puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los motivos de oposición a la ejecución de títulos extrajudiciales se apoyan en estrictas consideraciones de justicia —al igual que la oposición a los judiciales— pero en modo alguno disminuye la eficacia de aquellos como auténticos títulos ejecutivos, ni puede revestir esta oposición la amplitud propia de un proceso declarativo, con merma de la eficacia de una auténtica ejecución forzosa (EM, XVII). Ciertamente, la coherencia del sistema de tutela jurisdiccional civil queda a salvo mediante la posibilidad del deudor de entablar un proceso declarativo haciendo valer motivos diferentes de los que pueden fundamentar la oposición conforme a la ley (art. 564 LEC). Aunque a nuestro parecer, la configuración vigente del proceso de ejecución está requerida de una flexibilización para el supuesto de la cesión del crédito reclamado en vía ejecutiva, so pena de frustrar los objetivos perseguidos desde antaño por el Código civil: evitación de la especulación con créditos litigiosos y finalización de los procesos pendientes».

Por tanto, los dos argumentos principales para los defensores de la inaplicabilidad del artículo 1535 del Código civil a estos supuestos de créditos litigiosos transmitidos en el seno de un proceso ejecutivo, vemos que pueden ser perfectamente contrarrestados, cosa que no sucede como adelanta SENÉS MOTILLA¹³, con la verdadera inexistencia de un trámite para el consumidor ejecutado que ve transmitido su crédito en el proceso ejecutivo sin haber sido comunicado de ello y quien conoce de tal existencia en el momento en que el cesionario hace valer su postura como sucesor procesal, donde por mor de la literalidad del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entendemos perjudicada procesalmente su posible potestatividad tendente a la extinción del crédito litigioso cedido, lo que haría valer más la defensa de la obligatoriedad del conocimiento de la cesión al consumidor cedido para el ejercicio del derecho extintivo en sede extrajudicial, aunque de nuevo este escenario volvería a topar con la literalidad del artículo 1535 del Código civil que prevé como presupuesto para el nacimiento del mismo la reclamación del crédito cedido al deudor por parte del cesionario (*«...desde que el cesionario le reclame el pago»*).

CONCLUSIONES

Como hemos tenido oportunidad de comprobar y con el ánimo de hacer valer el mandato constitucional de protección de los derechos de los consumidores y usuarios previsto en el artículo 51 de la Constitución española entendemos que el legislador español ha de afrontar con decisión una reforma legislativa (perfectamente en la norma nacional que transponga la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, a modo de lo realizado en el BGB por el legislador alemán) que imponga la obligatoriedad de la puesta en conocimiento de la cesión del crédito hipotecario al deudor cedido en consonancia con la obligación ya existente en los mismos términos que prevé el artículo 31 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, ya que un tratamiento desigualitario en nuestro Ordenamiento jurídico no se sostiene desde el cumplimiento del referido mandato constitucional, puesto que el interés en el conocimiento de dicha cesión es múltiple para el consumidor, coadyuvando de esta manera a la calificación de práctica no consentida abusiva (art. 82 LGDCU) de aquellos supuestos reiterados en la práctica que obvian por completo cualquier tipo de notificación de la cesión.

Con dicha obligación de información por parte del cedente al deudor cedido, este incluso debería poder hacer valer extrajudicialmente su derecho a extinguir el crédito litigioso en los términos previstos en el artículo 1535 del Código civil, resultando para ello que el cómputo para el ejercicio del derecho extintivo no se contare desde la reclamación del cesionario al deudor cedido sino desde el obligado conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido, lo que produciría una carencia sobrevenida de objeto por satisfacción extraprocesal en los términos del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴.

Pero no solo se nos antoja necesaria dicha reforma sino que también habría de producirse otra a nivel procesal con el objeto de proteger al consumidor en los casos en que pese a dicha obligación de información de cesión del crédito, esta no se produjera y el consumidor tuviera la primera noticia de la cesión en el momento en que el cesionario solicitara la sucesión procesal en el proceso de ejecución. Para ello pues, consideramos conveniente la reforma del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y del art. 17 LEC) para así arbitrar un trámite para el ejercicio sin paliativos del derecho del consumidor cedido a extinguir el crédito en los términos del artículo 1535 del Código civil.

Sin duda, dichas reformas legislativas supondrían no solo el cumplimiento del mandato constitucional de protección del consumidor (art. 51 CE) sino que obedecerían también a la finalidad con la que se dictó el artículo 1535 del Código civil según sus antecedentes históricos y legislativos, a saber, evitar la especulación del crédito.

Sin embargo, mientras tanto y en el caso de no producirse ningún tipo de reforma legislativa, no vemos otra alternativa que solicitarse de nuevo al Juzgado correspondiente el planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad (no afectada por la cosa juzgada de la anterior cuestión de constitucionalidad existente sobre la materia, si efectivamente se razona en términos de constitucionalidad y no de mera interpretación normativa, aunque seamos conscientes de la dificultad de superar el alcance de la referida cosa juzgada) que dejare patentes los vicios de inconstitucionalidad a los que pueden estar afectos los artículos 1535 del Código civil y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no para lograr —reiteramos— una mera interpretación correctora o integradora de dichos preceptos con el mandato constitucional del artículo 51 de la Constitución española, que

paliare por tanto la perversidad del sistema bajo la innecesaria comunicación de cesión del crédito que defienden algunos (arts. 1526 y 1527 CC y, arts. 347 y 348 CCom) y dificultad en calificación, por tal motivo, de práctica no consentida abusiva (art. 82 LGDCU) y bajo la inexistencia de un trámite procesal propio en la sucesión procesal para hacer valer el derecho a la extinción del crédito (art. 1535 CC), para que con el resultado de la misma se impidiere la especulación del crédito con consumidores y usuarios, porque si no *Cui Prodest?*...

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJ de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018
- STS de 16 de diciembre de 2009
- SAP de Madrid (Sección 13.^a) núm. 192, 2018 de 4 de mayo de 2018
- SAP de Barcelona, sección 11.^a de 14 de mayo de 2008

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN. Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 17, 2016.
- El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, de noviembre de 2017.
- CAMPO GÜERRI. La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios en Cataluña. <https://www.notariosyregistradores.com>, web, secciones, doctrina, artículos-doctrina, notificacion-al-deudor-en-la-cesion-de-creditos-hipotecarios-en-cataluna,
- FERNÁNDEZ FRUTOS. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad* (enero de 2003), Atelier.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA. Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2010.
- PASTOR VITA. *Venta de Empresa y de otros conjuntos de bienes y derechos*. La Jurídica, S.L, 2007; así como, *Venta en Globo y Venta de Empresa*. Universidad de Málaga, 2003. <http://www.biblioteca.uma.es>
- PÉREZ LÓPEZ, MOYA FERNÁNDEZ y TRIGO SIERRA. Cuestiones prácticas de las ventas de carteras de créditos, en *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, núm. 33, 2012.
- SENÉS MOTILLA. Tratamiento procesal de la cesión del crédito litigioso en el proceso de ejecución. *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, García-Rostán, Sigüenza, dirs., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- SOLER SOLÉ. Cesión de cartera de créditos litigiosos (Subrogación procesal y derecho de retracto del deudor) *Revista de Derecho vLex*, núm. 136, de septiembre de 2015).

NOTAS

¹ FERNÁNDEZ FRUTOS. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad* (enero de 2003), Atelier.

² ALBIEZ DOHRMANN. El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, de noviembre de 2017.

³ Sobre el incumplimiento del legislador español en la transposición en plazo de esta Directiva, *Vid. ALBIEZ DOHRMANN*. Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17, 2016.

⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA. Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2010.

⁵ *Vid.* los problemas que presenta este artículo tratados por CAMPO GUERRI. La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios en Cataluña. <https://www.notarios-registradores.com>, web, secciones, doctrina, artículos-doctrina, notificacion-al-deudor-en-la-cesion-de-creditos-hipotecarios-en-cataluna,

⁶ SENÉS MOTILLA. Tratamiento procesal de la cesión del crédito litigioso en el proceso de ejecución, *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, García-Rostán, Sigüenza, dirs., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, 304-327.

Dada la extensa literatura sobre la problemática que está afectando a la aplicación del artículo 1535 del Código civil en las cesiones de crédito, nos remitimos con carácter general a la citada por Senés Motilla en el citado trabajo.

⁷ SOLER SOLÉ. Cesión de cartera de créditos litigiosos (Subrogación procesal y derecho de retracto del deudor). *Revista de Derecho vLex*, Núm. 136, de septiembre de 2015.

⁸ Para un análisis detallado del origen y alcance del artículo 1532 del Código civil, *Vid. PASTOR VITA. Venta de Empresa y de otros conjuntos de bienes y derechos*. La Jurídica, S.L., 2007; así como, *Venta en Globo y Venta de Empresa*. Universidad de Málaga, 2003. <http://www.biblioteca.uma.es>

⁹ Llegados a este punto, y una vez expuestas las principales teorías aplicables a la venta alzada o en globo de la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, hemos de plantearnos cuál sea, a nuestro juicio, la naturaleza del objeto de esta enajenación. El término ‘totalidad’ utilizado por el legislador denota evidentemente una idea de unidad del conjunto que se enajena, unidad que no significa simple agregación de elementos, sino que deberá comportar algo más. Una simple agregación o suma de objetos singulares no justifica, a nuestro parecer, un especial régimen de responsabilidad de carácter limitado en favor del vendedor. El vendedor de varias casas, o de varios carros deberá responder individualmente por la titularidad y la evicción (así como de los vicios ocultos) que afecten a cada uno de ellos individualizadamente. El específico régimen de responsabilidad del vendedor que consagra el artículo 1532 CC, no se explica sin esa consideración de esa totalidad como un conjunto orgánico y homogéneo o, siguiendo a BARBERO, con entidad lógica. En definitiva, consideramos, tras analizar las diversas teorías sobre la universalidad, que el objeto de estas ventas es una agrupación de bienes (corporales) y derechos considerada ‘*sub specie universitatis*’, desde el punto de vista de su transmisión.

¹⁰ El criterio más acertado es, a nuestro parecer, el que preconiza y se inclina por una posición de flexibilidad en la interpretación de ese factor de cohesión, partiendo de la base de que la autonomía de la voluntad de las partes podrá jugar un importante papel en su determinación, siendo ellas, en definitiva, las que podrán acordar que un conjunto de elementos se transmitan como objeto único y unitario de derecho, o como un simple agregado de cosas diversas que se transmiten mediante un solo negocio jurídico. En definitiva, el elemento cohesionador ha de crear una apariencia de unidad del objeto de la venta, de manera que este aparezca en el tráfico jurídico como un solo derecho, que tendría el carácter de incorporeal, con independencia de que esté integrado por elementos materiales e inmateriales, lo que explicaría la inclusión de la venta en globo en el capítulo regulador de la cesión de créditos ‘y demás derechos incorporales’, *op. cit.*, 127.

¹¹ PÉREZ LÓPEZ, MÓYA FERNÁNDEZ y TRIGO SIERRA. Cuestiones prácticas de las ventas de carteras de créditos, en *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, Núm. 33, 2012, 50 y 53.

¹² SENÉS MOTILLA. *Vid. op. cit.*, 7, con cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de febrero de 2015; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio de 2014 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011.

¹³ SENÉS MOTILLA, *Vid. op. cit.*, 16 y 17, se decanta por la necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permita el ejercicio del derecho del artículo 1535 del Código civil, cuando opina lo siguiente: «La naturaleza de derecho protestativo del derecho a extinguir el crédito litigioso abona el establecimiento de un cauce para su ejercicio en el proceso de ejecución, cuya configuración —estimamos— podría inspirarse en el procedimiento de tercería, en particular, la de mejor derecho (...). La reforma del proceso de ejecución que proponemos quizás genere desconcierto, por artificiosa, en relación con su limitada eficacia práctica, pues ciertamente serán minoría los deudores que puedan hacer frente al reembolso del coste de la cesión. Pero creemos, que no otra cosa permite, y a la vez impone, una norma como el artículo 1535 del Código civil, que es fruto del acarreo histórico y cuya subsistencia es cuestionada, pero que en tanto se mantenga requiere un tratamiento procesal adecuado en sede ejecutiva, siquiera sea para acallar el reproche de connivencia con la especulación que suscita la regulación vigente».

¹⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.^a de 14 de mayo de 2008, refiriéndose a la satisfacción extraprocesal: «implica que el actor ha perdido el interés en la tutela judicial pretendida, porque fuera del proceso ha obtenido la satisfacción de sus pretensiones, gozando el auto resolutorio de los efectos de unas sentencias absolutorias firme. Transportado al presente caso, implicaría que el ejecutante hipotecario percibió, extraprocesalmente, la totalidad de la deuda garantizada por la hipoteca, careciendo de base mantener la garantía real cuando la deuda principal había sido ya satisfecha. Gozando el auto del carácter de sentencia absolutoria; lo que vetaría cualquier actuación procesal en reclamación de una deuda amortizada extraprocesalmente y conllevaría la cancelación de su garantía real-hipotecaria».