



Roj: **SAP M 1961/2015 - ECLI: ES:APM:2015:1961**

Id Cendoj: **28079370122015100047**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **18/02/2015**

Nº de Recurso: **138/2014**

Nº de Resolución: **62/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MARIA TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Ferraz, 41 , 914933837 - 28008

Tfno.: 914933837

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2014/0002360

**Recurso de Apelación 138/2014**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 98 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 961/2011

**DEMANDANTE/APELANTE:** MAIS 4, S.L.

**PROCURADOR:** D. ANTONIO PALMA VILLALON

**DEMANDADA/APELADA:** HIPOGEO XX, S.L.

**PROCURADOR:** D. FRANCISCO FERNANDEZ ROSA

**DEMANDADA/APELADA:** TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ, S.L.

**PROCURADOR:** D. JESUS MARIA JENARO TEJADA

**PONENTE:** ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

**SENTENCIA N° 62**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

**D. JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN**

**D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA**

**D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO**

En Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil quince.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 961/11 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 98 de Madrid a instancia de la Mercantil MAIS 4, S.L. como demandante-apelante, representada por el Procurador D. Antonio de Palma Villalón contra HIPOGEO XX, S.L. y TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ S.L. como demandadas-apeladas, representadas respectivamente por los Procuradores D. Francisco Fernández Rosa y D. Jesús María Jenaro Tejada, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA.**



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 98 de Madrid, se dictó sentencia con fecha 8 de Noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva dice: "**FALLO:** Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por MAIS 4, SL, representado por el Procurador Sr. De Palma Villalón, contra TORIBIO Y ABILIO GUTIÉRREZ SL, representada por el Procurador Sr. Jenaro Tejada y contra ZACOUNI GROUP 21, SL, actualmente HIPOGEO XX, SL representada por el Procurador Sr. Fernández Rosa, absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados por la actora, y todo ello con condena en costas de la parte demandante."

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de la Mercantil demandante se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, dándose traslado a las otras partes que se opuso y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para deliberación, votación y fallo el pasado día 28 de Enero, en que tuvo lugar lo acordado.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### HECHOS ACREDITADOS

**PRIMERO.-** Para resolver el recurso de apelación que la entidad demandante interpone contra la sentencia que desestimó la pretensión de ejercicio del denominado retracto de crédito litigioso, es imprescindible exponer los actos jurídicos que culminaron con la adquisición por dicha demandante de la posición que alega como habilitadora para tal ejercicio.

Para ello, nos basamos fundamentalmente en la documentación aportada, en cuanto las declaraciones en juicio poco más pudieron añadir a la situación que los documentos describen. Por otro lado, y como luego explicaremos, los datos que se extraen de la causa penal pendiente (Diligencias Previas 6.818/2.005 del Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid) se toman en su aspecto puramente objetivo, sin realizar ninguna valoración jurídica ulterior.

**SEGUNDO.-** Así resulta:

1º Doña Valentina otorgó poder notarial con amplísimas facultades de disposición a favor de su hija, Doña Almudena , en fecha 27 de enero de 2.005.

A su vez, la apoderada sustituyó el poder, con iguales facultades, en favor de Don Jose Miguel , en dos ocasiones: una el 28 de enero de 2.005 y otra el 9 de junio de 2.005.

2º Con el primer poder, el sustituto constituyó en fecha 3 de marzo de 2.005, una hipoteca sobre distintos pisos sitos en C/ DIRECCION000 de Madrid propiedad de Doña Valentina , en garantía de un préstamo de 720.000 euros, concedido por la también aquí demandante MAIS 4, S.L. que percibió Don Jose Miguel .

3º El 10 de junio de 2.005 el sustituto, actuando las facultades representativas que tenía conferidas por la sustitución de poder otorgada el 9 de junio, constituyó hipoteca de máximo y de primer rango (hasta 15.000.000 de euros de principal) para garantizar la deuda que AGORA REKORDS, S.L. pudiera contraer con TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ S.A. como consecuencia del suministro de bebidas alcohólicas por parte de ésta a aquélla.

La hipoteca se constituyó sobre el total inmueble sito en C/ DIRECCION001 , nº NUM000 , de Madrid, propiedad de Doña Valentina .

Para pago de la deuda derivada del suministro, AGORA emitió distintos pagarés ninguno de los cuales fue pagado.

4º El 3 de octubre de 2.005, el sustituto, siempre en representación de la poderdante inicial, vendió a MAIS 4 S.L. la finca sita en C/ DIRECCION001 , nº NUM000 , por precio de 12.000.000 de euros.

En ese momento la finca estaba gravada con dos hipotecas: una a favor de BANCO GUIPUZCOANO S.A., que a la fecha de la venta garantizaba 663.231,60 euros, y que luego fue levantada por la compradora (declaración en juicio del representante de la demandante, Don Luis Pedro ), y otra la constituida a favor de TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ S.L. por la deuda antes reseñada, que a esa fecha ascendía a 5.628.132,68 euros de principal.



Para pago de esta hipoteca, y haciendo uso el comprador de la facultad que prevé el artículo 118 de la Ley Hipotecaria , retuvo la compradora la cantidad garantizada por las hipotecas, pactando al respecto que "MAIS 4, S.L. asume como única deudora las hipotecadas reseñadas en el particular de cargas, comprometiéndose a abonar cuantas obligaciones de pago se deriven de dichas deudas, quedando liberada de cuantas responsabilidades traigan causa de las mismas DOÑA Valentina , a quien se compromete a compensar cualquier cantidad que se pudiera ver obligada a pagar como consecuencia de dichas hipotecas. Quedan hechas por mí, el Notario, las oportunas advertencias, respecto al necesario consentimiento por parte de BANCO GUIPUZCOANO S. A. y la mercantil TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ, S.L."

**TERCERO.-** Los procesos judiciales que toda la conjunta situación descrita (además de otros actos de disposición ejecutados con el poder otorgado por Doñas Valentina a su hija y sustituido por ésta) ha suscitado son los siguientes:

1º Un proceso penal, iniciado en virtud de denuncia de Don Jacobo (hijo de Doña Valentina ) en el que, en síntesis, venía a poner en conocimiento del Juzgado de Instrucción la despatrimonialización de que había sido víctima su madre, por las maniobras imputadas a su hermana, Doña Almudena , y a Don Jose Miguel , con la participación de todos los que se beneficiaron de las transmisiones y enajenaciones o gravámenes que, sin capacidad suficiente, se habían realizado.

Tal denuncia dio lugar a las Diligencias Previas 6818/2005, del Juzgado nº 26, y, hasta donde se ha acreditado en este pleito, se han transformado en Procedimiento Abreviado, abierto contra Almudena , Don Jose Miguel , Jose Ramón y Luis Pedro , siendo estos últimos representantes legales de AGORA RECORDS y de MAIS 4, respectivamente .

Sin embargo, se sobreseyó el proceso penal respecto de los representantes de TORIBIO Y ABILIO GUTIERREZ NIETO S.L.

En dicho proceso ejercita la acusación particular Don Jacobo , constando presentado el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

En dicho escrito se relata la obtención del poder de Doña Valentina a su hija por medio de coacción, la concertación de Doña Almudena con Don Jose Miguel , el otorgamiento sucesivo de dos poderes (por sustitución) de aquella a éste, y en el particular relativo a las operaciones con la aquí demandante, se expresa por el Ministerio Publico lo siguiente:

"Una vez que el acusado (se refiere a Don Jose Miguel ) estuvo en posesión de la escritura de poder de 28-01-05, con el único animo de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial exclusivamente para sí mismo coinvertiendo en dinero liquido la hacienda de Doña Valentina , contactó con Luis Pedro , a través de la entidad Gestión Financiera 2000 poniendo en su conocimiento una ficticia necesidad de financiación para un inexistente negocio de maderas llegando a un acuerdo en virtud del cual comparecieron el día 03-03-05 ante el notario de Logroño Don José Antonio García de la Barrera otorgando escritura de préstamo con garantía hipotecaria sin que existiese ningún negocio que respaldase o justificara la necesidad de préstamo ni el destino al mismo del capital obtenido, interviniendo Jose Miguel (sic) en representación de Doña Valentina en virtud de la escritura de 28-01-05 y el acusado Luis Pedro en representación de la entidad Mais 4 S. L., quien actuó creyendo que el capital iba a serle devuelto e ignorando la inicial e inequívoca voluntad del acusado Jose Miguel (sic) de no devolverlo pues iba a hacerlo suyo.

En dicha escritura de 03-03-05 se convino la concesión de un préstamo de 720.000 euros por parte de Mais 4 S.L. a favor de Doña Valentina por un plazo de 6 meses. En garantía de la devolución del principal prestado (720.000 euros), los intereses y de las costas y gastos constituyó hipoteca sobre los inmuebles propiedad de Doña Valentina ..... (describiendo a continuación distintos pisos).

Se relata la entrega del capital prestado mediante cinco cheques emitidos por Mais 4 S.L., y se reseña "el dinero del préstamo no llegó a devolverse dando lugar a nuevas negociaciones que desembocaron en la compraventa que luego se dirá, aparte de originar el procedimiento de ejecución hipotecaria 440/05del Juzgado de Primera Instancia nº 31 e3 Madrid".

Más adelante, el Ministerio Fiscal expresa lo siguiente:

"Una vez que el acusado estuvo en posesión de la escritura de 09-06-05 (de sustitución del poder de Doña Almudena a Don Jose Miguel ), contactó con el acusado Jose Ramón ..... quien actuando como representante de la entidad "Ágora Rekords S.L" y tras ganarse la confianza en el tráfico mercantil de la entidad Toribio y Abilio Nieto Gutiérrez S.L. , había conseguido que Ágora Rekords S.L. y Toribio y Abilio Nieto Gutiérrez S.L. firmaran el día 06-06-05 un contrato para que Toribio y Abilio Nieto Gutiérrez S.L. suministrara licores a



Ágora Rekords S.L por importe de 6.000.000 de euros, firmando Ágora diversos pagarés para cubrir el precio de los licores y que ya en ese momento el acusado Jose Ramón no tenía intención de pagarlos en su totalidad...."

"En vista de dicho contrato y para hacer creer que el contrato se cumpliría y llegaría a buen fin garantizando su íntegro cumplimiento, actuando los acusados Jose Ramón y Jose Miguel de común acuerdo y con ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial, comparecieron el 10-06-05 en la notaría sita en C/ Serrano, nº 16 de Madrid y ante el notario Don Carlos Pérez Baudin otorgaron escritura pública de constitución de hipoteca de máximo para garantizar el pago total de los suministros y de los intereses de demora, a favor de la entidad Toribio y Abilio Nieto Gutiérrez S.L. para garantizar el pago de suministro de licores hasta 15.000.000 euros por parte de dicha mercantil a la sociedad Ágora Rekords S.L...."

"Como consecuencia de la no devolución del dinero del préstamo antes referido, el acusado Jose Miguel contactó de nuevo con Luis Pedro y actuando con el mismo ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial convirtiendo en dinero líquido la hacienda de Doña Valentina , compareció el 03-10-05 con Luis Pedro ante el notario de Logroño Don Julio Antonio Pernas Tobia otorgando escritura de compraventa del edificio sito en la DIRECCION001 nº 7 de Madrid propiedad de Doña Valentina por un precio de 12.000.000 de euros..."

Tras relatar los cheques entregados en concepto de pago del precio, concluye el Fiscal diciendo que "por todo lo anterior se estima que la mercantil MAIS 4 S.L. no llegó a pagar la cantidad acordada en la venta (el precio fue de 12.000.000 de euros subrogándose MAIS 4 S.L. en el pago de las cantidades pendientes de 663.231,60 euros y 5628.132,68 euros por hipotecas pendientes a favor de Banco Guipuzcoano y Toribio y Abilio Nieto Gutiérrez y que se descontaban de dicho precio, de modo que el precio a pagar en efectivo sería de 5.708.635,72 euros) ya que la suma de todos los cheques pagados por el comprador MAIS 4 S.L. suman la cantidad de 2.850.000 euros" .

Solicitaba el Fiscal, además de las correspondientes penas, la declaración de nulidad de los poderes otorgados en favor de los acusados y de los contratos realizados con ellos, entre los que se encuentran la constitución de hipoteca en favor de TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ S.L. y la compraventa concertada con MAIS 4 S.L.

Don Luis Pedro interpuso recurso de reforma contra su imputación siendo desestimado dicho recurso por Auto de 23 de octubre de 2.012 dictado por el Juzgado de Instrucción.

2º Por otro lado, Don Jacobo , diciendo actuar en su nombre y en el de su madre, interpuso demanda contra Doña Almudena , Don Jose Miguel , MAIS 4 S.L. DECORACION Y COORDINACION DE GREMIOS S.L., Don Roman , TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ S.L. y AGORA REKORDS S.L., en la que solicitaba se declarasen inexistentes por falta de consentimiento de Doña Valentina los poderes otorgados, la sustitución de los mismos, las hipotecas constituidas y la compraventa concertada con MAIS 4 S.L.

Tal demanda dio lugar al proceso ordinario 179/2006, del Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid, que está suspenso por la prejudicialidad que el proceso penal antes referido produce.

No consta que en dicho proceso haya contestado la demanda la entidad MAIS 4 S.L.

3º Por otro lado, TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ S.L. inició proceso de ejecución hipotecaria, en base a la hipoteca constituida en su favor por escritura de 10 de junio de 2.005, contra AGORA REKORDS S.L., Doña Valentina y MAIS 4, S.L. dando lugar a los autos 45/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid.

Por lo que consta en el presente proceso, en dicha ejecución la entidad MAIS S.L. presentó aval bancario para responder de la cantidad de 5.839.485,92 euros, y solicitó la suspensión por prejudicialidad penal (en base a las Diligencias Previas 6.818/2005) lo que así fue acordado por Auto del Juzgado nº 32 de 19 de julio de 2.006, confirmado por Auto de esta misma Sección de la Audiencia de 5 de marzo de 2.008 .

Según todas las partes en este proceso, la ejecución hipotecaria se halla aún en estado de suspensión.

**CUARTO.-** En cuanto a la cesión del crédito que se alega como justificadora del ejercicio del retracto, consta lo siguiente:

Por escritura otorgada el 7 de junio de 2.010, TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ S.L. como titular de un crédito frente a AGORA REKORDS S.L. que, según se dice en la escritura, asciende a 5.672.297,45 euros, más los intereses y costas, garantizado con la hipoteca constituida en escritura de 10 de junio de 2.005, y haciendo alusión a que el mismo se está ejecutando en el proceso de ejecución hipotecaria 45/2006 de Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid (así como se consignan también la causa penal y el proceso declarativo antes relatados), lo vende a ZACUNI GROUP 21 S.L. (cuya denominación fue cambiada por la de HIPOGEO XX, S.L.), con todos sus elementos y accesorios y con "los derechos de Registro sobre los bienes que se pudiera



adjudicar", por precio de 1.000.000 de euros, que se abonará mediante pagaré con vencimiento 4 de junio de 2.015. Tal escritura fue ratificada por otra del 7 de junio de 2.010.

La cedente comunicó la cesión al Juzgado donde se ejecuta a hipoteca, al tiempo que solicitaba el alzamiento de la suspensión, mediante escrito presentado el 4 de julio de 2.011, alzamiento que fue denegado.

### ACOTAMIENTO DEL AMBITO DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

**QUINTO.-** Antes de entrar a resolver las concretas cuestiones que la apelante propone, estima esta Sala necesario efectuar dos precisiones que sirven, la una, para acotar el ámbito de la presente resolución y la otra, para dejar sentado el aspecto en que puede ser examinada la pendencia de la causa penal antes referida.

Así, desde el primer extremo, ya no se discute en esta segunda instancia sobre la forma en que se ha efectuado por la demandante la consignación del precio por el que ejercita el retracto. La cuestión fue planteada por las demandadas y resuelta tras la audiencia previa, siendo decidida por Auto, contra el que se interpuso recurso de reposición, pero frente al que no se ha apelado. Tampoco se refieren a la problemática sobre la forma de consignación (que se hizo mediante pagaré, del mismo modo y con el mismo vencimiento que el que medió como instrumento de pago del precio de la cesión), en la impugnación del recurso.

La cuestión, por lo demás, y a diferencia de los auténticos retractos legales, no puede ser examinada de oficio, pues es muy dudoso que en el denominado de crédito litigioso sea exigible la consignación con la demanda de las cantidades a que se refiere el artículo 1.535 del Código Civil (precio, intereses y costas). Así, en Sentencia de esta misma Sección de 26 de junio de 2.014 (Ponente Ilma. Sra. Olalla Camarero), sostuvimos que el de crédito litigioso "no se comprende en los retractos legales tratados en el capítulo anterior, "De la resolución de la venta", pues se encuentra dentro del capítulo VII sobre "Transmisión de venta". Por tanto no constituye ningún requisito de procedibilidad, tal consignación a los efectos de entender vulnerado el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", añadiendo que "aunque guarde semejanzas esta acción de extinción y reembolso de venta de crédito litigioso, con las acciones de retracto legal, es lo cierto que el Código Civil no las identifica, ni las asimila en modo alguno, por lo cual no existe vulneración procesal alguna, pues no hay norma que contemple la exigencia de consignación previa, en este supuesto de la acción del artículo 1.535 del Código Civil".

Por otro lado, el relato pormenorizado de la causa penal, se ha hecho para poder examinar, al comprobar los presupuestos de la acción ejercitada, si la misma puede constituir o no el proceso que hace "litigioso" el crédito a efectos de ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 1.535 del Código Civil. Ningún otro sentido cabe atribuir en este proceso a la causa penal pendiente, toda vez que las partes ya se pronunciaron en primera instancia en contra de la suspensión por prejudicialidad penal. Por tanto hacemos abstracción de cualquier otra consideración.

**SEXTO.-** Dicho lo anterior, la apelante, en su recurso, tras efectuar una severa crítica por el método de resolución elegido por el Juez de Primera Instancia, al seguir prácticamente a la letra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de mayo de 2.011, lo que, como finalmente reconoce carece de trascendencia en el recurso por cuanto lo que ha de efectuar este Tribunal es el nuevo enjuiciamiento del caso, expone con precisión los dos extremos objeto de debate en esta segunda instancia, en estos términos:

- "En primer lugar, se deberá dilucidar si, a diferencia de lo que el Juez resuelve, se puede retraer la venta de un crédito con garantía hipotecaria por el hipotecante no deudor.

- En segundo lugar, si efectivamente fuera viable esa acción por el hipotecante no deudor, ¿puede considerarse litigioso un crédito en el que no se ha contestado la demanda, pero respecto del que hay un procedimiento civil en el que se discute nada menos que su existencia misma?".

### NATURALEZA Y FUNDAMENTO DEL DENOMINADO RETRACTO DE CREDITO LITIGIOSO

**SÉPTIMO.-** Pues bien, para dar respuesta a tales cuestiones es preciso exponer la naturaleza del denominado retracto de crédito litigioso, regulado en los artículos 1.535 y 1.536 del Código Civil, y, junto a ello, exponer los presupuestos a que el Código condiciona el válido ejercicio de tal derecho.

En ese sentido, es ya lugar común en la doctrina y aun en la jurisprudencia, poner de manifiesto la impropiedad de la denominación de retracto que la práctica ha acuñado.

Y es que ni por su finalidad ni por su dinámica puede ser considerado un verdadero retracto, pues no hay subrogación alguna del retrayente en la posición jurídica del retraído (como observa ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2.008) sino pura, simple y directa extinción del crédito, mediante el pago no de la prestación a que venía obligado el deudor, sino la del precio de la cesión, que se supone menor o más ventajoso que aquélla.





No hace falta, por tanto, recurrir al doble efecto de la subrogación y extinción por confusión, porque el mecanismo extintivo es más sencillo, en cuanto se produce directamente. Así lo viene a reconocer el Código Civil, al decir en el artículo 1535 que "vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo....".

La precisión es de importancia, pues si el derecho lo ejercitase un garante (posibilidad que, como se examinará, ha de ser admitida), no se subrogaría éste en la posición del acreedor cesionario y no podría ejercitar la acción, por esa presunta subrogación, frente al deudor, sino que, a lo sumo, podría reclamar a éste, en estricta acción de reembolso, lo que hubiese pagado efectivamente para extinguir el crédito.

En, definitiva, como ponen de manifiesto los precedentes de esta figura, extraña en nuestro Derecho Histórico, no es sino una segunda oportunidad dada por la Ley al deudor para evitar que el crédito, cuando está puesto en litigio entre acreedor y deudor, pase a manos de un tercero, de modo que se le permite, *humanitatis causa* (según la conocida expresión de Justiniano, al comentar la Ley 23 del Codea, considerándola "*tam humanitatis, quam benevolentiae plena*"), extinguirlo con el pago del precio de la cesión. Tal fue la razón por la que revivió en el Code Francés la Lex Anastasiana, y tal fue la razón por la que en la época codificadora española se incluyó esta figura, primero en el Proyecto de 1.851 y después en el Código Civil de 1.889, atribuyéndole como fundamento "la paz, el fin de los procesos y el favor del débil".

Por tanto siempre ha tenido dos fundamentos concurrentes: el favor debitoris frente a la especulación, y la finalización del proceso en que se cuestiona el crédito cedido, de los cuales incluso el segundo es el más característico, pues es el único que explica por qué se ciñe el denominado retracto al crédito litigioso y no a cualquier otro, aunque esté en situación de impago e incluso discutido extrajudicialmente.

Supone, en definitiva, una restricción legal al principio de libre circulación y transmisión de los créditos, proclamado en el artículo 1.112 de Código Civil, de modo que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, entre ese principio y el del favor debitoris, el legislador ha optado por éste, pero -cabe añadir- en las concretas circunstancias en que lo reconoce.

Por ello, el precepto en cuestión ha de ser objeto de una interpretación meramente declarativa, que esclarezca su contenido, pero sin restricciones que haga imposible o sumamente dificultoso el ejercicio de ese derecho, ni extensiones que impidan la aplicación del otro principio en liza.

#### **PRESUPUESTOS DE EJERCICIO DEL DERECHO RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 1.535 DEL CODIGO CIVIL**

**OCTAVO.-** Los presupuestos de ejercicio de este derecho pueden ser resumidos de la siguiente manera:

1º La cesión, mediante precio, del crédito. No basta cualquier transmisión, pues quedan excluidas las gratuitas, sean *inter vivos* o *mortis causa*, la ventas en globo en las que se incluye la transmisión por operación societaria de todo el patrimonio de una persona jurídica otra, y aquellas en que, aun siendo onerosas, la contraprestación de la cesión no se fija mediante un precio determinado, sino por otra contraprestación, como es el caso de la permuta. En unos casos, es la constatación de no existir idea alguna de especulación, en otros, la indeterminación del precio de la cesión, y en otros, la inoperatividad de la figura, que no permitiría el pago por el deudor de lo que ha hecho efectivo el cesionario.

2º El objeto de la cesión ha de ser un crédito, entendiendo por tal, en la concepción amplia sustentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2.008, la comprensiva de "todo derecho individualizado transmisible".

3º El crédito ha de ser litigioso, tema sobre el que más adelante razonaremos *in extenso*. No obstante ha de significarse el carácter restrictivo del derecho reconocido por el Código Civil, pues no existiendo pleito en el sentido legal el término, y aunque se considere por las partes dudoso incluso en su existencia, pudiendo plantearse tras la cesión el proceso, no nace el derecho del deudor a extinguir el crédito por motivo de la cesión, ni aunque ésta tenga un significado acusadamente especulativo. De ahí que, en la regulación legal, en último término, prime el fundamento de poner fin al proceso mediante la extinción del crédito.

4º El ejercicio del derecho en el plazo de caducidad de nueve días, a contar desde la reclamación hecha por el cesionario al deudor.

5º La legitimación material, esto es, la titularidad del derecho, que se reconoce exclusivamente al deudor.

#### **CONCEPTO DE DEUDOR A EFECTOS DE EJERCICIO DEL DERECHO RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 1.535**

**NOVENO.-** En relación a este último requisito surge el primer motivo de controversia entre las partes.

Qué se haya de entender por deudor en el contexto del artículo 1.535 requiere de algunas precisiones, pues, a menudo, se da por supuesto el concepto, y se carecen de pronunciamientos jurisprudenciales (o por lo menos, no han sido localizados por esta Sala) en la materia.



Estimamos, sin embargo, que de una interpretación sistemática y teleológica puede extraerse con cierta seguridad tal concepto.

Deudor, ante todo, es quien en la relación jurídica de deuda y crédito que se cede, aparece como principal (y en no pocas ocasiones, único) obligado. Es aquél que participó en la creación de la relación obligacional, o quien, por los mecanismos adecuados, le ha sucedido.

Pero, como la cesión comprende "la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio" ( artículo 1.528 de Código Civil ), siendo este un efecto natural de la cesión, debe estimarse que los obligados por la garantía, sea personal o sea real, pueden ejercitar el derecho, pues ellos son también "deudores cedidos", esto es, obligados o responsables -según los casos- incluidos en la cesión, que deberán actuar su garantía ya frente al cesionario y no frente al cedente cuando le sea oponible la cesión conforme al artículo 1.526 del Código Civil .

### **LEGITIMACION DEL HIPOTECANTE Y DEL TERCER POSEEDOR PARA EJERCICIO DEL DERECHO**

**DÉCIMO.-** De entre todos éstos, debemos centrar ahora nuestra atención en la situación del hipotecante, pues ésta es la cualidad que se arroga la demandante para ejercitar la acción dimanante del artículo 1.535.

La garantía real que ofrece la hipoteca puede encontrarse, por razón de los sujetos gravados, en tres planos distintos: el del deudor hipotecante, el del hipotecante no deudor, y el del tercer poseedor.

Lógicamente, el primer supuesto (el propio deudor que garantiza la obligación con un inmueble o derecho real hipotecable de su pertenencia) ninguna especialidad supone, pues prima la condición de deudor.

En el segundo supuesto, reconocido por el artículo 1.857, último párrafo, del Código Civil , el titular del bien se insinúa, de algún modo, en la obligación garantizada, en cuanto consiente gravar un bien de su propiedad en garantía de la misma, pero siempre con la limitación a que se contrae la responsabilidad hipotecaria.

Y, en fin, el supuesto del denominado tercer poseedor (aunque con mayor propiedad debería ser llamado tercer adquirente), se da en el caso de adquisición derivativa del bien con el gravamen regularmente constituido. La adherencia de la hipoteca, hace que el adquirente responda de la carga frente al acreedor hipotecario.

En la progresión que suponen estos tres planos, cuanto más se aleja la idea de deuda (debitum) y se entra en la de responsabilidad (obligatio) más parece difuminarse la legitimación material para el ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 1 , 535 del Código Civil , pues cada vez menos parece convenir al sujeto el calificativo de deudor.

**DECIMOPRIMERO.-** En el caso enjuiciado, la demandante no es hipotecante no deudor como ella misma se califica, ni se ha subrogado en la posición de la transmitente.

Hipotecante no deudor fue la vendedora, Doña Valentina , pues ella, actuando bajo la cuestionada -incluso penalmente- representación de Don Jose Miguel , fue la que gravó el inmueble de su propiedad en garantía de una deuda ajena.

Cuando se transmitió la finca a través de la compraventa, también bajo la igualmente cuestionada representación del mismo apoderado, se transmitió ya con la hipoteca, detrayendo además el comprador la cantidad precisa para satisfacer la obligación garantizada con el límite que al tercero ofrece. Es cierto que en la escritura pareció pactarse la subrogación del comprador en la obligación que asumió la hipotecante, pero, aparte de los confusos términos en que se expresó, no se ha acreditado conformidad alguna de la acreedora, pese a su necesidad ( artículo 118 de la Ley Hipotecaria ) y de la expresa advertencia del Notario que autorizó la escritura de compraventa.

En todo caso, no parece, porque no se ha acreditado, que la inicial hipotecante saliera del círculo de responsables, como lo revela que en el proceso de ejecución hipotecaria también se dirigiera contra ella la acción ejecutiva.

**DECIMOSEGUNDO.-** Dicho esto, también estimamos que el tercer poseedor puede ejercitar el (impropiamente) denominado retracto de crédito litigioso.

Aun cuando el tercer poseedor no es deudor en sentido estricto, sino responsable hasta donde alcanzan los efectos de la inscripción de la garantía hipotecaria, la distinción entre deuda y responsabilidad no puede oscurecer que, hasta ese límite, el que adquirió con la carga, se ve compelido a pagar (debitum) con las sanción (obligatio) de sufrir sobre el bien las consecuencias de la ejecución directa, a la que, como mucho, puede abandonar el bien.

Pero, en cualquier caso, si, como no es dudoso, el tercer adquirente se ve constreñido por la hipoteca, y si ésta, o por mejor decir, el crédito hipotecario, por su carácter accesorio, solo puede transmitirse mediante la cesión del



crédito garantizado ( artículo 149 de la Ley Hipotecaria ), la conclusión no puede ser otra que, al producirse esa cesión, se produce la de la hipoteca, y, cuando menos en relación a ella, el tercer poseedor es un "deudor" en la terminología del Código Civil, que nunca asumió la distinción entre deuda y responsabilidad, por lo que cuando emplea la palabra deudor no hay que dar por supuesto que excluya a quienes sean responsables no deudores.

Así pues, la demandante estaría legitimada, en principio, para ejercitar el retracto, cuando se transmitió, junto con el crédito principal, el derecho accesorio de hipoteca que le vincula, en la medida propia de tal derecho real de garantía, a aquella relación jurídica.

### **EL CARÁCTER LITIGIOSO DEL CREDITO OBJETO DE CESION**

**DECIMOTERCERO.-** La segunda cuestión debatida, se refiere al carácter litigioso del crédito cedido.

Ya hemos dejado sentado, y es hecho indiscutido, que se produjo la cesión del crédito que TORIBIO Y ABILIO NIETO GUTIERREZ S.L. tenía contra AGORA REKORDS S.L. y junto con ella la cesión de sus garantías, esto es, de la hipoteca constituida por Doña Valentina , que por venta de la finca hipotecada, pasó a la demandante.

La cuestión, por tanto, es determinar si los procesos pendientes, que de un modo u otro cuestionan tanto el crédito principal como la hipoteca, lo convierten en litigioso a efectos del artículo 1.535 del Código Civil .

Esta última precisión es de importancia determinante, pues, como se verá, no siempre que hay un proceso, que afecte al crédito cedido, se estará en el ámbito del precepto citado.

El carácter litigioso, siempre a los efectos del artículo 1.535 del Código Civil , es un concepto estrictamente legal.

**DECIMOCUARTO.-** La jurisprudencia, al respecto, aunque escasa, ha sido constante y reiterada.

Ya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1.904 se declaró que "el que debe reputarse como litigioso es el crédito que, puesto en pleito, no puede tener realidad sin previa sentencia firme que lo declare", o en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1.952 , aquel en el que en el proceso "ha de decidirse sobre la existencia de la obligación y el quantum de su importe", o en fin, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1.991 , aquel sometido a "un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación".

Por eso, se excluye el carácter litigioso del crédito cuando el pleito sobre el mismo ha finalizado, aunque se lleven a cabo actuaciones únicamente dirigidas a obtener su cumplimiento.

Por tanto, para la caracterización como litigioso, será momento inicial el de contestación a la demanda, y final, el de la firmeza de la sentencia.

**DECIMOQUINTO.-** No obstante, la parca regulación contenida en el Código Civil deja subsistentes, al menos, dos problemas: el contenido que haya de tener ese litigio, y si por litigio sólo puede entenderse el proceso civil de declaración.

La primera cuestión está resuelta por la jurisprudencia, cuya función complementadora es trascendental ante la escasa regulación del Código Civil. Así, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2.008 se exige "una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 Ley de Enjuiciamiento Civil ". En efecto, si no hay efectiva oposición al fondo, limitándose el deudor a plantear excepciones meramente procesales, no se estaría cuestionando la existencia, exigibilidad o cuantía del crédito, que es lo que, conforme a la jurisprudencia antes citada, da al crédito el carácter litigioso.

Siendo este el objeto pleito, es indiferente que el demandante sea el acreedor o lo sea el deudor que, anticipándose a la reclamación, plantee un proceso declarativo sobre la existencia o contenido del crédito. El Código Civil, solo exige que se conteste la demanda, pero no dice quién ha de efectuar la contestación.

La segunda cuestión es más problemática.

No cabe duda que el Código Civil está pensando en la reclamación civil, y además en la que se deduce en un proceso declarativo.

Ello plantea si cuando el crédito se está reclamando en un proceso de ejecución o se cuestiona en una causa penal en la que se acumula la acción civil que puede llevar consigo incluso la declaración de nulidad del crédito, y dándose la cesión pendiente uno u otra, puede darse el derecho a extinguir el crédito mediante el mecanismo previsto en el artículo 1.535.

**DECIMOSEXTO.-** Cuando el crédito se actúa en un proceso de ejecución, es necesario distinguir según esa ejecución sea por título judicial o por título no judicial.





En el primer caso, no hay ni puede haber ya pleito o litigio pendiente, que quedó concluso con la sentencia firme. La oposición de fondo que en ese proceso de ejecución puede plantear el ejecutado no puede basarse en hechos anteriores a la firmeza, sino estrictamente posteriores: el pago o el pacto para evitar la ejecución.

Distinto es el caso de la ejecución por título no judicial. Ésta no va precedida por decisión judicial previa, sino que se abre directamente por la fuerza del título ejecutivo, y además en ella, se puede plantear una oposición de fondo más amplia que incluye la propia negación del derecho del acreedor ejecutante (el pago, la transacción), su enervación (compensación, prescripción) su inexigibilidad (pacto o promesa de no pedir) o su cuantía (quita o pluspetición).

Incluso en la más limitada oposición a la ejecución hipotecaria, también existen causas que cuestionan la garantía o la cantidad reclamable ( artículo 695.1.1ª y 1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Y en cualquier caso, esta ejecución de títulos no judiciales se ha ampliado con la novedosa posibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas determinantes del despacho de ejecución, con las que se puede penetrar decididamente al núcleo de la obligación.

La misma razón por la que la jurisprudencia considera litigioso el crédito que se combate en su existencia, exigibilidad o cuantía, se da en estos supuestos.

**DECIMOSEPTIMO.-** También sería, desde nuestro punto de vista, litigioso el crédito, cuando la duda sobre esos extremos se plantea a través de la acción civil ex delicto acumulada al ejercicio de la acción penal.

También en determinados supuestos delictivos (estafa, apropiación indebida, coacciones, por citar los casos más recurrentes) se puede estar discutiendo sobre aquellos mismos extremos.

Así lo consideramos en nuestra Sentencia de 26 de junio de 2.014 (Ponente Sra. Olalla Camarero), en la que apreciamos el carácter litigioso del crédito porque le venía atribuido por la pendencia de un proceso penal, por cuanto que "si lo que se está planteando en las actuaciones penales, que pendían de resolución definitiva, es la validez del crédito entre los ahora demandantes y entre otros, con los transmisores del crédito a la ahora demandada, es evidente que concurre el requisito de crédito litigioso que exige el artículo 1.535 del Código Civil , sin que podamos interpretar tal condición a que se trate de una reclamación puramente civil, dada la exigencia de contestación a la demanda. Pues es evidente que esta norma no puede excluir de la naturaleza litigiosa a los créditos, cuya contenciosidad viene planteada en la vía penal sin renuncia o reserva de la civil, que también se contempla en este supuesto".

**DECIMOCTAVO.-** Ahora bien, una vez precisado el alcance objetivo del proceso que convierte el crédito en litigioso, queda por establecer cuáles hayan de ser los términos subjetivos del mismo.

En efecto, para que se dé el llamado retracto de crédito litigioso el proceso en que se discute tiene que estar necesariamente planteado entre acreedor (cedente) y deudor (cedido).

Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1.952 , describiendo la dinámica en la que se da este derecho: "es fácil explicar cómo ha de realizarse lo prevenido en el precepto del Código Civil que se está analizando, esto es, que cuando la persona que ha de recibir la cosa (acreedor) reclama de quien ha de entregarla (deudor) mediante interpelación judicial en que haya de decidirse sobre la existencia de la obligación y el "quantum" de su importe.... y durante la tramitación del pleito el acreedor vende su derecho a otra persona, que se subroga en aquel derecho...."

Del mismo modo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1.969 , está implícita esta exigencia, cuando expresa que "crédito litigioso es aquel que, habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado".

En todos los supuestos analizados por la jurisprudencia, el proceso en que el crédito se discutía estaba trabado entre cedente y cedido.

**DECIMONOVENO.-** La razón de esta concepción es clara.

Sólo cuando entre acreedor y deudor existe controversia, puede entenderse litigioso el crédito, y sólo en ese ámbito cobra su sentido propio el derecho a extinguirlo en caso de cesión, pues sólo en ese caso la incertidumbre sobre el crédito se da entre los interesados en el cobro y en el cumplimiento, y en fin, únicamente en este supuesto el ejercicio del retracto da lugar tanto a la extinción del crédito como del proceso.

Que exista un proceso abierto por un tercero en el que se cuestione el crédito, podrá tener efectos reflejos más o menos inmediatos, pero no se da el supuesto que justificó la introducción y mantenimiento de esta figura en el Código Civil, que era que el deudor que está controvirtiendo el crédito, se vea compelido no por su originario acreedor sino por otro.



**VIGESIMO.-** El caso enjuiciado es paradigmático de los efectos que se producirían si, no existiendo pleito entre acreedor y deudor sino entre un tercero y aquéllos, se diera lugar al impropriamente denominado retracto.

El crédito no se extinguiría -porque a quien reclama contra él, la cesión y el retracto le es irrelevante- ni se extinguiría el proceso, que es la finalidad derivada que persigue la Ley: no sólo extinguir el crédito, con el pago del precio dado por la cesión más intereses y costas, sino también la del proceso, que carecería ya de objeto.

Por el contrario, cuando el que cuestiona el crédito es un tercero, el ejercicio del derecho del artículo 1,535 no derivaría sino a una finalidad impropia: subrogarse el retrayente en lugar del retraído, pero dejando subsistente la misma problemática que constituya el objeto de ese proceso.

El efecto sería visible si se admitiera el carácter litigioso, en proceso de ejecución de título judicial, porque se ejercitara en su seno una tercería de dominio o de mejor derecho, y en el curso de la misma se produjera la cesión. No habría en tal caso, por salir por completo del ámbito del artículo 1,535, el retracto en cuestión.

**VIGESIMOPRIMERO.-** Y esto es lo que ocurre en este pleito, una vez desbrozada la maraña a que se refiere el Juez de Primera Instancia.

En efecto, aquí entre las partes implicadas en la cesión (cedente, cesionario y cedido) no hay pleito alguno. Ninguna discrepancia se ha expresado entre ellos, ni en el proceso penal, ni en el ordinario civil ni en el de ejecución hipotecaria. Es más, la aquí demandante nunca ha discutido ni el crédito objeto de cesión ni la hipoteca que gravaba el bien que adquirió.

La litigiosidad le viene impuesta por un tercero: el hijo de la que, actuando a través de representante y con un poder cuestionado, ha realizado determinados actos dispositivos o de gravamen.

Si esos procesos triunfaran lo que habrá sencillamente, en el mejor de los casos para el allí acusador o demandante, sería que la tercera poseedora del bien hipotecado debería reintegrarlo, perdiendo entonces toda legitimación para actuar en defensa del bien o del crédito que garantiza, en cuanto la adquisición y la constitución del gravamen habrían sido declarado nulas.

Esta es, en suma, la idea que se puede detectar en la sentencia apelada, y, por ello, debe ser confirmada.

#### **COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA**

**VIGESIMOSEGUNDO.-** Desestimado el recurso, las costas de esta segunda instancia se han de imponer al recurrente ( artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

#### **RECURSOS ADMISIBLES CONTRA ESTA SENTENCIA**

**VIGESIMOTERCERO.-** En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de octubre se informará que cabe el recurso de casación, siempre que aquél se apoye inexcusablemente en el motivo definido en el artículo 477.2.2º, así como el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española,

#### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Mercantil MAIS 4, S.L. contra la sentencia dictada el 8 de Noviembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 98 de Madrid en procedimiento Ordinario nº 961/11, a que este rollo se contrae, resolución que **confirmamos** con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra esta sentencia cabe interponer, en las condiciones expuestas en el último fundamento de derecho de la presente resolución, recurso de casación y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle



Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2579-0000-00-0138-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Una vez firme la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de testimonio de esta resolución, para su cumplimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo e Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ