



Roj: **SAP B 3895/2011 - ECLI:ES:APB:2011:3895**

Id Cendoj: **08019370192011100195**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **19**

Fecha: **02/03/2011**

Nº de Recurso: **281/2010**

Nº de Resolución: **98/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ASUNCION CLARET CASTANY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **DE BARCELONA**

SECCIÓN DIECINUEVE

ROLLO Nº **281/2010-A**

JUICIO ORDINARIO Nº 834/2009

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 23 DE BARCELONA

### **SENTENCIA Nº98/2011**

Ilmos. Sres.

D. RAMÓN FONCILLAS SOPENA

D<sup>a</sup> ASUNCIÓN CLARET CASTANY

D. JOSÉ MANUEL REGADERA SÁENZ

En la ciudad de Barcelona, a dos de marzo de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Diecinueve de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 834/2009, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Barcelona, a instancia de D/D<sup>a</sup>. Jon , contra ASBURY PARK, S.L.; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 14 de Diciembre de 2009, por el/la Juez del expresado Juzgado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Jon contra ASBURY PARK S.L. con expresa condena en costas a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 2 de febrero de 2011.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrada D<sup>a</sup>. ASUNCIÓN CLARET CASTANY.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



**PRIMERO.-** La sentencia dictada en la instancia desestima la demanda interpuesta por D. Jon frente a ASBURY PARK, S.L. en ejercicio de acciones declarativas, de un lado, la determinación de la suma que el actor debe reembolsar a la demandada para poder ejercer el derecho de retracto legal respecto de la transmisión del crédito que se reclama en el proceso ejecutivo nº 941/005 del Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona; y de otro el ejercicio de la acción de retracto prevista en el artículo 1535 del Código Civil en plazo legal, al entender que no existe crédito litigioso alguno; pues cuando tuvo lugar la cesión de créditos en favor de la demandada el 29 de octubre de 2007 el proceso judicial de ejecución de título no judicial nº 941/2005 seguido ante el Juzgado nº 48 de Barcelona había sido resuelto de modo firme, tras la resolución dictada por la Audiencia Provincial de fecha 17 de enero de 2007.

Frente a la misma se alza el recurrente interesando la revocación por entender de aplicación a la cesión del crédito, operado en favor de la demandada el 29 de octubre de 2007, del que era fiador el Sr. Jon , el retracto legal del crédito litigioso del artículo 1535 del Código Civil , al mantener, el actor el comportamiento procesal de contradicción a la afirmación del derecho del ejecutante, al no tener la resolución de la Audiencia Provincial, en el seno del proceso de ejecución seguido a efectos de cosa juzgada. Y además no haberse podido ejercitar el derecho de retracto al desconocerse el precio de la cesión por el que debe retraerse.

**SEGUNDO.-** Preciso se hace significar "prima facie", que con arreglo al artículo 1535 del Código Civil "vendiéndose un crédito litigioso el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubieren ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago".

Estando regulada la cesión de créditos en nuestro Código Civil y, conforme señala la STS de 30 de abril de 2007 , sobre esta figura jurídica, reconocida en los artículos 1112 y 1526 y siguientes del Código Civil , se pronunció una profusa jurisprudencia, que señala que produce, en lo que aquí interesa, tres importantes efectos jurídicos: a) El cesionario adquiere la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía el acreedor cedente, permaneciendo incólume la relación obligatoria ( SSTS de 15 de noviembre de 1990 , 22 de febrero de 2002 , 26 de septiembre de 2002 , 18 de julio de 2005 ); b) El deudor debe pagar al nuevo acreedor ( SSTS de 15 de marzo y 15 de julio de 2002 y 13 de julio de 2004 ); y c) Al deduro le asiste el derecho de oponer al cesionario todas las excepciones que tuviera frente al cedente ( SSTS de 29 de septiembre de 1991 , 24 de septiembre de 1993 y 21 de marzo de 2002 ).

Los hechos básicos del litigio, sobre los que no existe disconformidad por las partes, son los que siguen:

1º) Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona se sigue procedimiento de Ejecución de Título No Judicial, en la que el Sr. Jon suscribió con Banco Popular Español, S.A. una póliza de afianzamiento de las operaciones mercantiles con la sociedad afianzada BGT TNT, S.A., proceso nº 941/2005; despachada ejecución por Auto de 24 de noviembre de 2005, D. Jon planteó oposición a la ejecución; oposición que fue acogida por Auto del Juzgado de fecha 16 de marzo de 2006;

2º) Recurrido en apelación el Auto referido la Excm. Sección Primera de esta Audiencia Provincial resolvió de manera firme la oposición planteada, mediante Auto de 17 de enero de 2007, por el que tras estimar el recurso interpuesto por Banco Popular Español; revocó el mentado Auto, y acordó desestimar la oposición formulada por D. Jon declarando procedente seguir adelante la ejecución en su día despachada;

3º) La aquí demandada se personó en el referido proceso de ejecución alegando haberse subrogado en los derechos de Banco Popular Español, en virtud del contrato de cesión de créditos otorgado en documento privado el 23 de octubre de 2007, elevado a público el 29 de aquel mes y año, de la Cartera de Créditos, en concreto del concreto crédito ejecutado en favor de Banco Popular Español junto con otros 204.106 créditos más, créditos cedidos por un saldo deudor bruto de capital 895.234,524 euros; créditos relacionados en el CD-Rom incorporado como Anexo I, por el precio total de 73.210,00 euros.

**TERCERO.-** En cuanto al ámbito de aplicación del vocablo "crédito" del artículo 1535 del Código Civil , plantea el recurrente la posibilidad del ejercicio del derecho de retracto en el supuesto que nos ocupa del contrato de cesión de créditos operada en favor de la demandada.

Entendemos a la luz de las explicaciones contenidas en el contrato de cesión de créditos otorgada por documento privado de 23 de octubre de 2007, muy especialmente a tenor de la estipulación primera en cuya virtud Banco Popular Español y otras entidades, bajo el nombre de Banco Popular, o parte vendedora o vendedores que cedieron y transmitieron a título de compraventa al comprador, la Cartera de Créditos correspondientes a 204.107 créditos, relacionándose cada uno de los créditos que integraban la Cartera en el CD.Rom incorporado como Anexo 1 formando parte inseparable del contrato; y la estipulación quinta, relativa a la responsabilidad de vendedor, más concretamente en su apartado segundo, letra (h): "En el caso de que,



de conformidad con el artículo 1535 del Código Civil , cualquiera de los créditos transferidos sea litigioso y que, cuando el Comprador reclamase el pago, el correspondiente Deudor ejercerá su derecho de liberarse dentro de los 9 días siguientes a dicha reclamación, pagando únicamente la parte del Precio satisfecho en la fecha de Celebración del Contrato que individualmente corresponda a dicho Crédito (teniendo en cuenta el porcentaje del precio que le corresponda) junto con los intereses de dicho precio, desde esa fecha, y costas, el Vendedor estará obligado a indemnizar al Comprador mediante el pago de la cantidad que resulte de multiplicar el porcentaje del precio por la diferencia entre el Saldo Bruto por capital de ese Crédito en cuestión y la cantidad pagada por el deudor con exclusión de intereses y costas" que se produjo una cesión individualizada de cada uno de los créditos o activos dañados. Pues no se comprende de otra manera como se relacionan cada uno de los créditos en un CD.Rom que se incorporo formando parte integrante del contrato de Cesión de Créditos, ni tampoco se recogio la posibilidad de que reclamado el pago por el comprador, cualquiera de los deudores pudiese ejercitar el derecho de retracto de conformidad con el artículo 1535 del Código Civil , obligándose el vendedor en los términos recogidos en la clausula antes dicha.

Ahora bien, aún cuando, a la luz de las estipulaciones contractuales, el objeto de la cesión fuese la Cartera de Créditos, integrada a su vez por todos y cada uno de los créditos relacionados, en el CD.Rom incorporado como parte integrante e inseparable del contrato como Anexo, el problema que se nos plantea a continuación es la determinación sobre el carácter litigioso o no litigioso del crédito que nos ocupa.

Son contadas las ocasiones en que la jurisprudencia ha tenido que dar respuesta a problemáticas conectadas con el artículo 1535 del Código Civil y así en una primitiva sentencia de 8 de abril de 1904 se decía ya que "no corresponde a la calificación del crédito litigioso, a los efectos de este artículo, todo crédito acerca del cual se tramiten actuaciones apra hacerlo efectivo, porque el precepto exige, además, que se haya contestado a la demanda relaiva al mismo, y a que el que debe reputarse litigioso es el crédito que puesto en pleito, no puede tener realidad sin previa sentencia firme que lo declare, careciendo de tal carácter el vendido después de consentida sentencia de remate, dictada no para su declaración, sino para hacerlo efectivo y porque, según el Diccionario de la Real Academia España, dícese litigioso no lo que se halla meramente en concurso de actuaciones de cualquier clase, sino "lo que está en duda y se disputa". Por su parte la sentencia de 28 de febrero de 1991 expresa que "en efecto, la estructura del crédito litigioso presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y la pendencia del cumplimiento exacto de la prestación, finalidad de aquélla, sea porque el pago aún no se puede exigir, sea porque el pago no se ha efectuado voluntariamente, y un debeta judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación, pero ha de hacerse constar que nunca cabe referir el concepto de una relación jurídica ya agotada o consumada"; también esta sentencia, en su fundamento jurídico séptimo, distingue entre la venta de un crédito litigioso y la venta de cosas litigiosas, cuyo contratos, cuando es el demandado quien los celebra, no están sujetos a retracto, derivado de la litigiosidad, y sí a una posible rescisión en determinadas cricunstancias que expresa el artículo 1291 del Código Civil , para residenciar, como no podía ser de otra forma, la regulación del crédito litigioso y el propio retracto en los artículos 1535 y 1536 a que antes hicimos mención.

Si la doctrina que antecede, la ponemos en relación con los hechos acreditados, habremos de convenir que el crédito a que se refiere el demandante-recurrente no tuvo ni tiene el carácter de crédito litigioso. Puesto que habia sido declarada su existencia y exigibilidad por resolución judicial firme de fecha 17 de enero de 2007, recaída por la Excm. Sección Primera de esta Audiencia Provincial, para resolver la oposición formulada por el aqui demandante; y ello con anterioridad a la fecha en que se efectuó la cesión de Cartera de Crédito de Banco Popular, en favor de ASBURY PARK, S.L. el 23 de octubre de 2007, según documento o contrato privado de cesión de créditos.

El carácter litigioso de un crédito debe reputarse del puesto en pleito "desde que se conteste a la demanda" ( artículo 1535 del Código Civil ), en el que se cuestione su existencia y exigibilidad; y en el que no exista sentencia o resolución firme que lo declare. En el caso de autos el crédito que el recurrente pretende retraer carece de la condición de crédito litigioso. Por cuanto no era objeto de contienda judicial, al existir una resolución judicial firme que declaró su existencia y exigibilidad. No siendo cierto que dicho caracter litigioso se mantuviera y perdurara mientras el litigio no terminara mediante sentencia firme: Pues el caracter litigioso se predica de aquel crédito que sometido a controversia judicial; siendo exigible una situación de litispendencia, perdiendo aquel carácter cuando se resuelva de manera firme por resolución -ya que es la resolución judicial firme lo que pone fin a la incertidumbre sobre la existencia y exigibilidad jurídica del crédito- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1969 . La resolución dictada por la Excm. Sección Primera de esta Audiencia Provincial en el procedimiento de ejecución de título no judiical goza del carácter de firmeza, no pudiendo volver a plantearse en un procedimiento posterior las excepciones y causas de oposición alegadas o bien que pudieran alegarse - artículo 827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 -.



Por ello, dada el carácter no litigioso del crédito objeto de autos, huega el examen del resto de las alegaciones, debiendo en lógica consecuencia desestimarse el recurso de apelación.

**TERCERO.-** Las costas de la presente alzada se imponen al recurrente artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

### FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Jon , contra la Sentencia dictada en fecha 14 de diciembre de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Barcelona , en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la misma. Las costas de la presente alzada se imponen al recurrente.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.