

CUESTIONES PRÁCTICAS DE LAS VENTAS DE CARTERAS DE CRÉDITOS

ÁNGEL PÉREZ LÓPEZ, ANTONIO JOSÉ MOYA FERNÁNDEZ y EDUARDO TRIGO SIERRA
Abogados*

Cuestiones prácticas de las ventas de carteras de créditos

Este artículo analiza las operaciones de venta de carteras de créditos (hipotecarios y al consumo) en situación de incumplimiento que recientemente vienen realizando las entidades financieras españolas a fondos de inversión oportunistas internacionales. Este análisis se aborda desde una perspectiva mercantil, procesal y fiscal y con un enfoque eminentemente práctico. Dentro de este enfoque práctico, y para facilitar su lectura, se sigue el orden del proceso de venta de una cartera y la posterior toma de control de la gestión por el inversor. El artículo comienza abordando los aspectos más relevantes de la negociación del contrato de compraventa: determinación de su objeto —adquisición de la plena titularidad de los créditos de la cartera o de sus resultados— y de su precio, la gestión de la cartera desde la fecha de corte, declaraciones y garantías más habituales del vendedor, delimitación de los créditos defectuosos y régimen de saneamiento de vicios, notificación de la cesión a los deudores y entrega de documentación de los créditos necesaria para su reclamación, según el tipo de procedimiento judicial que se inste en cada caso. Tras ello se analizan otros aspectos, como la sucesión procesal del comprador en los procesos judiciales de reclamación y la ejecución de los créditos de la cartera, poniendo el acento en el régimen legal previsto para la adjudicación y cesión de remate de bienes del deudor, en los riesgos de sucesión de empresa y en la incidencia del concurso sobre los procedimientos de reclamación.

Practical issues on the sales of loan portfolios

This article analyzes the recent sales of non-performing loans (mortgage loans and consumer credits) by Spanish financial institutions to opportunistic international investment funds. The analysis is from a commercial, procedural and tax perspective, with an eminently practical approach. From this practical approach, and as an aid to the reader's understanding, the order of the article follows the sale process of a portfolio and the subsequent takeover of its management by the investor.

The article begins by considering the most relevant aspects of the contract of sale: determination of the subject-matter —acquisition of the full ownership of the portfolio's loans or of its results—, and its price; portfolio management from the cut-off date, most common reps and warranties of the seller; definition of doubtful loans and regulation of claims for defects, notification of the assignment to the debtors and provision of the necessary documentation on the loans that must be submitted with the claims, depending on the type of proceedings initiated by the creditor. We then proceed with the analysis of other aspects, such as the succession of the buyer in the legal proceedings to collect the debt-claims, the enforcement and foreclosure of the portfolio credits, focusing on the legal regulations applicable to the auction and award of the debtor's assets, taking into account the risks of the transfer of the undertakings and the effect of the insolvency on the claim proceedings.

1 · INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DE LAS PARTES

Recientemente se ha desarrollado en España un mercado para la venta de créditos en situación de incumplimiento (en su nombre inglés, *non-performing loans*) por parte de las entidades financieras españolas. La prolongada crisis financiera ha cargado de créditos en situación de impago los balances de los bancos y cajas de ahorros españoles, que llevan en el punto de mira del legislador desde finales de 2008 y que han sido objeto de un programa de reformas legislativas como pocas veces se ha visto en años pasados¹. Si

bien en los primeros momentos las reformas iban dirigidas a garantizar la liquidez y reforzar la solvencia de las entidades financieras, desde 2012 estas reformas persiguen la «limpieza» de sus balances para ajustar el valor de los activos a su valor real. Este saneamiento de los balances pretende disipar las dificultades de financiación de las entidades de crédito españolas por las dudas surgidas sobre la solvencia de los bancos y cajas de ahorros españoles por su nivel de exposición a la deuda soberana de países del sur de Europa y a los activos inmobiliarios².

* Los autores agradecen a Luis Suárez de Centi (Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez) sus comentarios sobre los aspectos fiscales de este artículo.

1 A la fecha de conclusión de este artículo, entre estas reformas destacan el Real Decreto-ley 6/2008, de 10 de octubre, que crea el fondo para la adquisición de activos financieros; el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, de reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito; el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros; el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero; el Real Decreto-ley

2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; el Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, y el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. También tiene impacto en este tipo de operaciones el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Al ritmo al que se están sucediendo las reformas, no es posible descartar que se publiquen nuevas disposiciones legislativas que modifiquen las conclusiones de este artículo entre la fecha de cierre de estas líneas y su publicación.

2 La exposición de motivos del Real Decreto-ley 18/2012 fija como objetivo propio y de su predecesor el Real Decreto-ley

Estos *non-performing loans* que se transmiten en las operaciones analizadas en este artículo son derechos de crédito de muy diversas características y condiciones, que pueden ir desde préstamos hipotecarios a descubiertos en cuenta corriente, pasando por créditos corporativos sin garantía, deudas por efectos comerciales o por tarjetas de crédito. Si bien todos ellos están en situación de incumplimiento por impago y la entidad financiera puede reclamar la devolución del crédito sin asumir obligaciones de aportación de fondos adicionales porque el contrato está incumplido, su situación contable y procesal puede ser muy diversa, puesto que pueden haber sido calificados contablemente como riesgo dudoso o riesgo muy dudoso (con el diferente impacto que cada clasificación tiene en la dotación de provisiones³), y pueden haberse iniciado los procedimientos de ejecución de la deuda o no encontrarse todavía judicializados. Como es evidente, la composición de la cartera de créditos determinará su precio y el tipo de inversor al que se puede dirigir la oferta.

Mediante la venta de *non-performing loans* derivados de financiaciones inmobiliarias las entidades financieras pretenden reducir la exposición al riesgo inmobiliario de sus balances. No obstante, en algunas ocasiones estas ventas se realizan por un precio todavía inferior al importe no provisionado de la financiación correspondiente, por lo que puede que esa entidad financiera no esté en condiciones de asumir el impacto en la cuenta de pérdidas y ganancias de la dotación de las provisiones exigidas por el legislador para financiaciones ligadas a la actividad inmobiliaria, junto con la pérdida adicional que puede suponer la venta de estas carteras.

No obstante, mediante estas ventas de *non-performing loans* las entidades financieras consiguen reducir (y no sólo con la venta de carteras de créditos

hipotecarios) el impacto negativo de estas carteras en la cuenta de pérdidas y ganancias y en los ratios financieros de la entidad, así como en los índices de morosidad, mejorar su liquidez con la entrada de caja adicional y reducir los costes de gestión de estos activos.

Para lograr dar de baja el activo en su balance, registrar el resultado íntegro de la operación de venta en la cuenta de pérdidas y ganancias e interrumpir el calendario de dotación de provisiones, la entidad financiera española debe conseguir una *true sale*, o venta con transmisión íntegra al comprador de los derechos a recibir los flujos de efectivo que generen los créditos, y con transmisión sustancial de los riesgos y beneficios de dichos créditos, de forma que no se vea expuesto a los riesgos del devenir futuro de la cartera. A estos efectos, resulta fundamental evitar los pactos de recompra de créditos o activos en caso de que el inversor no obtenga una determinada rentabilidad, la compensación de pérdidas de la cartera, el aseguramiento de cobros o la concesión de tramos en la financiación de compra de las carteras que estén subordinados a la rentabilidad del inversor.

Asimismo, las entidades financieras vendedoras suelen estar interesadas en la desconsolidación o salida del balance de los activos transmitidos. Para ello, como regla general, no deben aportarse las carteras de créditos a sociedades con las que la entidad transmitente de los activos esté obligada a consolidar contablemente⁴ (entidades del grupo, multigrupo o asociadas, es decir, sociedades conjuntas con el inversor que, en general, concedan a la entidad financiera una participación en el capital del vehículo superior al 20% o influencia significativa en su gestión).

El prototipo de adquirente de este tipo de carteras suele ser, en estos momentos, un fondo de inversión oportunista internacional, que cuenta con los servicios de una sociedad española con experiencia en la gestión de este tipo de activos. En el caso de créditos hipotecarios, será una sociedad con experiencia en la toma de control de los inmuebles, su reacondicionamiento y posterior venta a un precio superior al pagado por el crédito que dicho inmueble garantizaba. En el resto de casos, están auxilia-

2/2012 «disipar las incertidumbres que vienen dificultando la normalización del sector financiero español y la recuperación de su función canalizadora del ahorro a la economía real», por lo que se establecen requerimientos de cobertura por el deterioro de las financiaciones vinculadas a la actividad inmobiliaria clasificadas como en situación normal, a fin de fortalecer «la credibilidad en nuestro sistema financiero en el actual contexto, lo que a su vez contribuirá a la estabilidad financiera no sólo en el sector, sino del conjunto de la economía nacional».

3 De acuerdo con lo establecido en la versión consolidada de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y en el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero.

4 De acuerdo con las normas establecidas en la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros.

dos por sociedades especializadas en el análisis de la cartera para conseguir un recobro de los créditos lo más rápido posible, mediante el inicio de procedimientos judiciales o aproximaciones extrajudiciales al deudor cedido. De esta forma, obtienen rendimientos de la cartera superiores a los que la entidad financiera cedente podría razonablemente obtener y toman posiciones en el mercado español ante la próxima afluencia de procesos de este tipo en los siguientes meses.

2 · INICIO DEL PROCESO Y ESTRUCTURAS DE INVERSIÓN HABITUALES

A la hora de sacar al mercado una cartera de *non-performing loans* la entidad financiera vendedora buscará que la cartera tenga una composición compensada que la haga atractiva para el inversor y que al mismo tiempo permita a la entidad financiera desprenderse dentro de la cartera de ciertos créditos que no podría transmitir al mismo precio en solitario. Los criterios fundamentales para configurar una cartera son el tipo de crédito (créditos hipotecarios o no) y el tipo de deudor (personas físicas o pymes, porque es más complicado que se transmitan dentro de una cartera participaciones en sindicados a compañías más grandes). Con carácter adicional se procura que no exista una excesiva concentración de deudores en una misma área geográfica y que la cartera tenga un volumen suficiente de créditos en condiciones semejantes que justifique que el comprador tenga un equipo en España dedicado a la gestión de la cartera.

Una vez configurada la cartera, los asesores de la entidad financiera presentan a potenciales inversores un *teaser* ciego (es decir, sin identificar al vendedor) con los datos esenciales de la cartera, para sondear su interés en participar en la operación. En caso de estar interesados, suscribirán un acuerdo de confidencialidad o NDA (*non disclosure agreement*) conforme al modelo de contrato proporcionado por la entidad financiera, para así tener acceso a la información disponible de la cartera en un *data room* virtual (normalmente a través de Intralinks o similar, o mediante entrega de un *data tape* con información en caso de ser pocos inversores) y que el potencial comprador pueda realizar su auditoría de la cartera o *due diligence*.

En este *data room* se incluyen abundantes datos de la cartera para que los potenciales compradores puedan presentar una oferta no vinculante. Se eliminan los datos personales para evitar incurrir en

responsabilidad bajo la normativa española de protección de datos, y los créditos se identifican por su número de posición en los sistemas de la entidad financiera. Se proporciona información sobre el saldo vivo de los créditos y sobre los cobros históricos obtenidos de cada deudor. Si la cartera está compuesta por un número limitado de créditos (como puede ocurrir en ventas de carteras hipotecarias), es posible incluir en el *data room* virtual copia de todos o buena parte de los contratos de la cartera y de las demandas de ejecución de aquellos créditos judicializados. Sin embargo, en carteras de créditos sin garantía hipotecaria se pueden llegar a transmitir varios miles de créditos que en muchos casos no tienen una póliza o escritura pública que los documente (descubiertos en cuenta, tarjetas de créditos, préstamos al consumo por importes menores), por lo que sólo se incluirá en el *data room* una muestra de contratos y los modelos utilizados por la entidad financiera para la contratación de esos créditos.

Una vez recibidas las ofertas no vinculantes, la entidad financiera seleccionará a uno o varios finalistas, a los que invitará a presentar una oferta vinculante que será la base para la decisión de adjudicación de la cartera. Entre tanto, se irán negociando borradores del contrato de compraventa y se facilitará información adicional sobre la cartera proporcionando acceso directo a comerciales y gestores de la entidad financiera. Como es evidente, las negociaciones concluirán con la selección de una oferta vinculante y la suscripción del correspondiente contrato de compraventa.

A la hora de adquirir una cartera de *non-performing loans*, los inversores utilizarán estructuras diferentes dependiendo de si están adquiriendo solamente créditos o también inmuebles. Hay que tener presente que algunos créditos están inmersos en procedimientos judiciales de reclamación a la fecha en que se presentan los datos iniciales de la cartera, y entre esa fecha y la de cierre de la compra de la cartera pueden haberse producido adjudicaciones judiciales de inmuebles o daciones en pago de activos inmobiliarios.

Si el inversor solamente está adquiriendo créditos, los adquirirá a través de un vehículo domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea, generalmente en Holanda o Luxemburgo, que funcionan como plataformas muy eficientes para este tipo de inversiones. En cambio, si el inversor también está adquiriendo inmuebles, generalmente la alternativa operativa y fiscalmente más eficiente es su adquisición a través de un vehículo español.

Otras estructuras más complejas, como la emisión de certificados de transmisión de hipoteca o la firma de contratos de subrogación de acreedor regulados por la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios generalmente no se han utilizado en el mercado por las dificultades prácticas que conlleva su implementación, a pesar de los beneficios fiscales que ofrecen en la práctica (principalmente, exenciones en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados —«AJD»— del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados —«ITP y AJD»—). En otros casos, como adquisiciones con pago en bonos de diferentes tramos, *joint ventures* con participaciones superiores al 20% para la entidad financiera o sociedades conjuntas que la entidad financiera controle o sobre las que esta tenga una influencia significativa, el Banco de España puede dificultar la baja de los activos del balance de la transmitente obligando a que el vehículo consolide con la entidad financiera.

3 · ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

3.1 · La determinación del objeto de la compraventa

Uno de los aspectos esenciales que debe abordar todo contrato de compraventa es la determinación de su objeto. Las dos alternativas para un comprador son adquirir la plena titularidad de los créditos de la cartera o tan sólo los resultados o derechos económicos derivados de la cartera.

En el primer caso, el comprador se subroga en la totalidad de los derechos y obligaciones derivados de la posición contractual que anteriormente ostentaba el vendedor, convirtiéndose en el pleno propietario de los créditos frente a cualesquiera terceros⁵. Conforme al régimen general del Código Civil español, esta cesión plena de la posición contractual del acreedor en un contrato de financiación requiere del consentimiento del correspondiente deudor, si bien es práctica habitual que en la gran mayoría de los contratos bancarios celebrados con particulares y pequeñas y medianas empresas los deudores auto-

ricen en el momento de la firma del contrato al banco para ceder libremente su posición contractual. En cambio, en contratos de financiación sindicados suele contenerse un régimen más detallado para la cesión con requisitos no tan laxos, por lo que se requiere un análisis más detallado en la *due diligence* de la operación. Estos mayores requisitos para la cesión y el hecho de que no siempre se esté transmitiendo una participación de control en el sindicato de los financiadores (por lo que el comprador debería buscar el consenso del resto de miembros del sindicato para tomar decisiones respecto del cobro de los créditos) hacen que las cesiones de participaciones en sindicados sean operaciones más singulares que se analizan caso por caso y que no suelen incluirse en las cesiones «en masa» de carteras de créditos hipotecarios o créditos sin garantías. Además, en la cesión plena de la posición contractual es necesario notificar al deudor la cesión realizada fundamentalmente para evitar pagos liberatorios al anterior titular, mitigar el riesgo de compensación de créditos y evitar responsabilidades derivadas de la normativa de protección de datos, tal y como se desarrollará en el apartado 3.5.

Si el comprador opta por la adquisición de los resultados, esta operación no requiere del consentimiento del deudor correspondiente⁶, ya que se trata de un pacto exclusivamente entre comprador y vendedor por el que éste transmite a aquél todas las cantidades que consiga cobrar de los créditos de la cartera. En paralelo a ese contrato de compraventa se celebra un contrato de gestión en el que se detallan las prácticas y políticas que el vendedor deberá seguir para optimizar los rendimientos de la cartera. El vendedor no suele asumir compromiso de garantizar cualquier tipo de rentabilidad de la cartera, con la finalidad de desvincularse de los riesgos o beneficios de la cartera (*true sale*) y dar de baja el activo en su balance. Como el titular «nominal» de los créditos continúa siendo el vendedor, y generalmente no será necesario transmitir al comprador datos perso-

⁵ Según el artículo 1528 del Código Civil, la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.

⁶ El artículo 1112 del Código Civil sienta la regla general de que los derechos de crédito son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario. La doctrina más autorizada también sostiene que «no existe, pues, en nuestro Código Civil dato normativo alguno que sirva para apoyar la tesis de que la notificación de la cesión al deudor cedido sea elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario; antes bien, todo lo contrario» (F. Pantaleón Prieto: «Cesión de créditos», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pág. 221).

nales de los deudores para la gestión de la cartera, no es preciso notificar al deudor la cesión realizada (los créditos se identificarían tan solo mediante números de registro en los sistemas del vendedor). Esta ausencia de publicidad de la operación y la simplificación de los requisitos formales son algunas de las razones que favorecen este tipo de operaciones de cesión de las resultas, si bien no son frecuentes en la práctica porque el vendedor aspira a desvincularse totalmente de los créditos (sin conservar siquiera una titularidad «nominal» teniendo que hacer el *fronting* al comprador) y porque el comprador suele preferir gestionar directamente la cartera (pudiendo aplicar políticas más agresivas que las que el vendedor suele estar dispuesto a asumir) y evitar los riesgos de oposición de compensaciones de créditos por los deudores frente al vendedor y los riesgos concursales de confusión de las resultas en la masa activa del vendedor en caso de un hipotético concurso de éste. Por eso es más habitual que nos encontremos con operaciones de venta de la titularidad plena de una masa de créditos hipotecarios o sin garantía. En consecuencia, a lo largo de este artículo nos centraremos en el análisis de los aspectos prácticos de estas operaciones de venta de la titularidad plena de una cartera de créditos.

Una vez decidida la estructura de la operación que comprador y vendedor desean llevar a cabo, otro aspecto fundamental para definir el objeto del contrato es determinar los créditos adquiridos y los derechos accesorios que se transmiten. A estos efectos es necesario definir una fecha de corte para la cartera, que suele ser el cierre de un trimestre. Así, las cantidades cobradas o devengadas en relación con los créditos de la cartera a partir de la fecha de corte corresponderán al comprador, mientras que las cobradas con anterioridad corresponderán al vendedor. Para que el comprador pueda realizar su análisis económico de la cartera, los datos proporcionados para la *due diligence* van referidos a dicha fecha de corte, y si media cierta distancia temporal entre la fecha de corte y la fecha de cierre de la compraventa, a veces se proporcionan datos actualizados a una fecha intermedia. Entre las cantidades cobradas o devengadas desde la fecha de corte se incluyen no sólo el principal e intereses y comisiones de los créditos, sino también los bienes adjudicados o adquiridos en pago de los créditos, las costas judiciales que puedan corresponder y las cantidades pagadas por las aseguradoras bajo las pólizas de seguro de los bienes que garanticen los créditos en caso de que el banco haya sido designado como beneficiario.

La otra fecha clave del contrato de la compraventa es la fecha de efectos o fecha de efectividad, que es aquella desde la que el comprador se convierte a todos los efectos en titular de los créditos. En las compraventas de carteras de créditos el comprador asumirá desde la fecha de efectos o de efectividad toda la responsabilidad por la gestión de la cartera. Hay algunos compradores que prefieren retrotraer esa fecha a la última de actualización de los datos de los créditos, para así poder incluir esa cifra en la comunicación a los deudores e informarles del saldo de los créditos en la fecha en la que el comprador deviene titular de la cartera a todos los efectos.

La determinación de los créditos objeto de la compraventa se completa anexando al contrato (aunque más frecuentemente mediante un CD que las partes depositan ante notario) los datos fundamentales que permiten su identificación. Un dato esencial es el saldo vivo de cada crédito a la fecha de corte (y, en su caso, a la de actualización) incluyendo, en caso de que los sistemas informáticos del vendedor lo permitan, el desglose entre principal, intereses, comisiones y gastos judiciales o de otro tipo.

También se acompaña a la información de cada crédito la identidad de su titular y los datos que permitan localizarle. En operaciones de cesión de carteras de créditos hipotecarios los procedimientos de recuperación se centran en la ejecución del inmueble hipotecado, pero en las carteras de créditos sin garantía los datos de contacto del deudor cedido cobran especial importancia para que el comprador pueda iniciar sus reclamaciones y se puedan practicar los emplazamientos judiciales. No obstante, dados los frecuentes cambios de domicilio de algunos deudores, los vendedores suelen facilitar a los compradores los últimos datos de que disponen sin garantizar que sean correctos (es decir, sin ofrecer garantías de que en la fecha de efectividad se pueda localizar al deudor con esos datos).

Si los créditos se encuentran garantizados, el comprador pedirá que se identifiquen las garantías reales y personales de cada crédito. En el caso de garantías reales, se deberá indicar el orden de prelación o rango de cada garantía y, para garantías hipotecarias, los datos de inscripción. El vendedor normalmente intentará identificar las garantías hipotecarias por referencia a las notas simples de los inmuebles que se adjunten al contrato, aunque el comprador aspira a que se le garantice que cada crédito que compra se encuentra garantizado por una garantía hipotecaria inscrita con el rango que figura en la base de datos que revisó en la *due diligence*.

Finalmente, es habitual que muchos de los *non-performing loans* que las entidades financieras sacan a la venta se encuentren judicializados, es decir, que las entidades financieras hayan iniciado los correspondientes procedimientos de reclamación para conseguir el pago de sus créditos. En estos casos el comprador pedirá que se identifique el número de cada procedimiento y el tribunal ante el que se sustancia éste, así como los abogados y procuradores a cargo del procedimiento y sus datos de contacto. La negociación entre las partes puede llevar a que se incluyan en el contrato de compraventa otros datos que permitan la identificación de los créditos, si bien los que se han relacionado anteriormente son los más habituales y los que se incluyen en la mayoría de las operaciones.

Por último, el vendedor aspira a incluir en el contrato de compraventa un expositivo o una declaración del comprador en la que se indique que éste ha realizado una *due diligence* de la cartera de créditos, por lo que, tratándose de una entidad especializada en la gestión y recobro de *non-performing loans*, debería haber podido detectar errores manifiestos o inconsistencias en la documentación proporcionada por el vendedor, lo que reduciría sus posibilidades de éxito en una reclamación ante el vendedor por errores en la información suministrada. También se intenta depositar ante notario un DVD que incluya toda la información de la *due diligence* que se puso a disposición del comprador, y el vendedor solicita incluir una manifestación del comprador de que, tras la *due diligence* realizada, a la fecha de efectividad de la compraventa no tiene conocimiento de errores o defectos que supongan un incumplimiento de las declaraciones y garantías que el vendedor realiza en el contrato de compraventa. Al igual que sucede en muchas operaciones de compraventa, esta manifestación y las referencias a la *due diligence* del comprador suelen ser uno de los caballos de batalla de la negociación.

3.2 · El precio y la gestión de la cartera en el período intermedio

El precio de las compraventas de *non-performing loans* debe ser fijo y cerrado, porque el vendedor no quiere verse expuesto a los riesgos de la cartera, para así poder completar una *true sale* que le permita dar de baja el activo en su balance y registrar el ingreso de la venta en su cuenta de resultados. Otra cuestión será que, en caso de vicios en alguno de los créditos vendidos, el vendedor tenga que

proceder a su saneamiento, pero éste es consecuencia del régimen de responsabilidad habitual en una compraventa, y no de que el vendedor permanezca expuesto a los riesgos de la cartera vendida⁷.

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.

En las operaciones de compraventa de *non-performing loans* cuyo volumen lo permita (fundamentalmente en las compraventas de créditos hipotecarios, en las que el número de créditos transmitidos es inferior al de las ventas de créditos sin garantía y las partes formalizan escrituras individuales de cesión de cada crédito o de cada grupo de créditos que se encuentren garantizados por inmuebles ubicados en la misma comunidad autónoma), las partes asignan un precio individualizado a la compraventa de cada crédito, lo que facilita la inscripción de la cesión en los Registros de la Propiedad correspondientes y establece una base para determinar la responsabilidad del vendedor en caso de vicios relativos a dicho crédito.

El precio pactado por las partes en el contrato de compraventa no suele corresponderse con la cantidad efectivamente pagada por el comprador. La cartera es un conjunto de créditos «vivos», que no han permanecido en estado de congelación entre la fecha de corte y la fecha de efectividad. Durante ese período el vendedor habrá continuado gestionando la recuperación de los créditos de la cartera conforme a sus procedimientos habituales, por lo que la situación de algunos de ellos puede haber cambia-

⁷ A modo de ejemplo, un vendedor deberá responder por saneamiento de vicios si el saldo vivo de alguno de los créditos transmitidos es inferior al que figure en el CD de datos, por ser incorrecto uno de los elementos en los que el comprador fundamentó su decisión de compra. Sin embargo, si siendo correcto ese saldo vivo, el vendedor garantiza además al comprador que podrá recuperar un determinado porcentaje de dicho saldo vivo y asume responsabilidad en caso contrario, no podrá decirse que ese vendedor ha completado una *true sale* porque no ha procedido a la transmisión sustancial de los riesgos y beneficios de la cartera.

do con respecto a la que tenían a la fecha de corte, que es la que determina el precio que paga el comprador.

Así, puede que algunos deudores hayan pagado en metálico la totalidad o parte de sus créditos. Si estos continuasen en situación de incumplimiento, se transmitirán los créditos y el vendedor entregará al comprador las cantidades cobradas (normalmente mediante reducción de la cantidad en efectivo que el comprador paga por la compraventa) deduciendo unos costes de gestión y cobro, que suelen corresponderse con las cantidades que el vendedor debe pagar a sus gestores y letrados por los trabajos realizados para conseguir el cobro.

Por el contrario, si el deudor ha abonado las cantidades adeudadas hasta «ponerse al día» en el pago de su crédito, se produce una reactivación por la que este crédito deja de ser un *non-performing loan* y vuelve a una situación de riesgo normal en la contabilidad del vendedor, por lo que ni al vendedor le interesa transmitirlo, ni al comprador le suele interesar comprarlo⁸. Así, este crédito se excluirá de la cartera minorándose el precio a pagar en una cantidad que pacten las partes, que debería estar en función del precio individual del crédito o del precio medio pagado por la cartera. De manera similar, si se hubiera producido una refinanciación de un crédito de la cartera (entendida como una nueva financiación concedida por el banco con nuevas condiciones y garantías que se destina a saldar el crédito anterior que formaba parte de la cartera), este crédito deberá excluirse de la compraventa, porque al haber sido amortizado con la nueva financiación ya no existe. Asimismo, puede haberse producido una novación modificativa de las condiciones del crédito, que puede incluir quitas o la concesión de periodos de carencia al deudor. En este último caso las partes normalmente excluirán el crédito de la cartera, con la consiguiente reducción del precio de la compraventa.

Como consecuencia de la gestión de la cartera también puede ocurrir que el vendedor se adjudique bienes muebles o inmuebles, ya sea como consecuencia de los procedimientos de ejecución hipotecaria,

de la traba de embargos en los créditos sin garantía real o de daciones en pago. En estos casos, los bienes adjudicados también deberían transmitirse al comprador. No obstante, en las compraventas de créditos sin garantía el volumen de activos adjudicado es muy bajo, y a veces el inversor solicita su exclusión de la cartera porque no le compensa económicamente instalar en España una infraestructura para la gestión y administración de un número reducido de activos adjudicados.

En las compraventas de carteras de créditos hipotecarios la intención del comprador es hacerse con la titularidad del inmueble para su posterior venta a terceros, por lo que siempre estará interesado en que se le transmitan los activos adjudicados. Esa transmisión durante el período intermedio suele realizarse, o bien mediante una venta directa del inmueble por el vendedor al comprador, o mediante una cesión de remate. La adjudicación y la cesión de remate se analizarán con mayor detalle en el apartado 5, relativo a la ejecución de los créditos de la cartera. Además, en todos los casos de adjudicación de inmuebles las partes deberán valorar los riesgos de sucesión de empresa⁹.

⁸ A un inversor oportunista normalmente no le interesará adquirir una financiación a largo plazo en situación de cumplimiento por la que tendría derecho a percibir pagos periódicos fraccionados, porque este no es su negocio. Del mismo modo, el banco puede enfrentarse a riesgos reputacionales si transmite a un inversor oportunista una financiación cuyo deudor acaba de hacer un esfuerzo económico para ponerse al día.

⁹ La sucesión de empresa está regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores («ET»), modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, así como por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo. Recientemente, por virtud de la aprobación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se derogó el apartado 11 del artículo 51 del ET, que recogía un supuesto especial de sucesión de empresa en caso de venta judicial, pese a lo cual sigue siendo de aplicación la regulación de la sucesión de empresa establecida, con carácter general, en el citado artículo 44 ET. Conforme a este precepto, cuando el bien transmitido sea una entidad económica con identidad propia, es decir, una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma (por ejemplo, un hotel, una nave industrial, un centro comercial, etc.), se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa, de tal manera que el adquirente que continúe en la actividad empresarial se subrogará en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del empresario anterior, incluida la responsabilidad por las deudas pendientes (si bien el artículo 149.2 de la Ley Concursal («LC») establece que el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de los salarios o indemnizaciones anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA), y se verá obligado a mantener la relación laboral de los trabajadores contratados por el anterior empresario. La jurisprudencia ha interpretado en sentido amplio el requisito de la continuidad en la actividad. En la práctica, el riesgo de sucesión de empresa es mayor cuanto más amplia sea la extensión de la hipoteca pactada en la escritura de constitución, especialmente si alcanza a los elementos necesarios y suficientes para continuar la actividad empresarial (edificios, materiales industriales, maquinaria, bienes muebles, utilaje, etc.). Por tanto, es recomendable regular en el contrato de compraventa aspectos tales como (i) si el vendedor tiene obligación de adjudicarse todos los inmuebles entre la fecha de corte y la

Finalmente, hay que reseñar que algunos compradores solicitan al vendedor la firma de un contrato de gestión para que éste continúe gestionando la cartera conforme a sus prácticas habituales durante los 2 o 3 meses siguientes a la firma del contrato de compraventa, para evitar «vacíos» en la gestión mientras el inversor toma contacto y se familiariza con la cartera adquirida.

3.3 · Principales declaraciones y garantías del vendedor

El contrato de compraventa incluye un conjunto de declaraciones y garantías del vendedor que configuran el núcleo esencial de la responsabilidad asumida por este en relación con los créditos transmitidos. Si alguna de estas declaraciones y garantías fuera incorrecta o falsa respecto a algún crédito, éste se considerará defectuoso y resultarán de aplicación las sanciones que se describen en el apartado siguiente.

Entre las declaraciones y garantías del vendedor de una cartera de *non-performing loans* normalmente se incluirá que los créditos transmitidos existen y son legítimos en el momento de la cesión, lo que constituye el régimen mínimo de responsabilidad que asume, con carácter general y salvo pacto en contrario, el cedente de un crédito conforme al artículo 1529 del Código Civil y el artículo 348 del Código de Comercio españoles. Por tanto, el comprador generalmente no aceptará rebajar ese régimen mínimo y que el crédito se le transmita como dudoso, salvo que esté comprando una cartera de baja calidad compuesta en su mayor parte por créditos fallidos. También responderá habitualmente el vendedor si el crédito se extingue con posterioridad a la cesión en virtud de la oposición por el deudor al comprador de una compensación por un crédito contra el vendedor anterior a la notificación al deudor de la transmisión de la cartera.

El comprador normalmente solicita que se incluya una declaración del vendedor consistente en que las obligaciones derivadas de los créditos de la cartera son exigibles o, en otras palabras, que su cumplimiento puede ser exigido conforme a sus pro-

pios términos. Esta declaración es bastante más problemática en Derecho español, puesto que algunos de los términos de los contratos bancarios son susceptibles de moderación por los tribunales, y otros podrían resultar inaplicados por estos. Por tanto, a veces la declaración de exigibilidad se sustituye por la de que los créditos son susceptibles de reclamación o ejecución con sujeción a lo previsto en las leyes.

Entre las declaraciones y garantías habituales también se incluye que los créditos son libremente disponibles por el vendedor, sin necesidad de consentimiento del deudor cedido, y que no existen cargas, gravámenes o derechos de terceros, de manera que, una vez perfeccionada la compraventa, el comprador devendrá titular pleno de los créditos de la cartera. También se suele declarar que los créditos transmitidos se encuentran en situación de incumplimiento por su correspondiente deudor, y que no existe obligación de abonar al deudor disposiciones de fondos adicionales bajo dicho crédito.

El vendedor no responde de la solvencia del deudor cedido, pero sí es habitual que se incluya una declaración sobre el volumen de créditos cuyos deudores estén en concurso. Se trata de una información relevante para el comprador que afecta a la recuperación de su crédito, tanto en el importe como en el plazo de recobro. En carteras de créditos hipotecarios, cuyo volumen es menor, se puede incluir un anexo que detalle de manera individualizada qué deudores estaban en concurso a la fecha de corte y, en su caso, a la fecha de actualización de los datos, de manera que si algún deudor estuviera en concurso a esas fechas y no se hubiera identificado, su crédito será defectuoso. En carteras de créditos sin garantía, con un volumen de operaciones muy superior, es más habitual fijar un porcentaje de deudores en concurso, y resultarán defectuosos aquellos créditos cuyos deudores estén en concurso a la fecha de corte o a la fecha de actualización de los datos por encima del porcentaje fijado en la declaración.

Otra manifestación fundamental es la exactitud y veracidad de los datos de los créditos suministrados por el vendedor. Aparte de la identificación de los créditos señalados en el apartado 3.1, también se solicita que se incluya una relación de los cobros históricos de la cartera que permita valorar al comprador el perfil de riesgo de los deudores cedidos. Entre toda esa información destaca el saldo vivo de los créditos. Si éste fuera erróneo o el deudor pudiera oponer al comprador un derecho de com-

fecha de efectividad o si puede eludir esta adjudicación, (ii) quién debe, en su caso, defender ante el juzgado la inexistencia de sucesión de empresa, y (iii) quién hace frente a las obligaciones laborales que se pudieran derivar, en su caso, de tales adjudicaciones.

pensación con créditos que tenga frente al vendedor que resulten en una reducción del saldo vivo, el crédito afectado se considerará defectuoso.

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. Para poder calibrar el nivel de responsabilidad asumido por el vendedor, es preciso delimitar primero qué se entiende por un crédito litigioso a los efectos del contrato de compraventa. No todo crédito reclamado judicialmente es un crédito litigioso a los efectos del artículo 1535 del Código Civil, es decir, un crédito cuyo deudor pueda extinguir la deuda pagando al cesionario el precio de la cesión incrementado en el interés legal y las costas dentro de los nueve días naturales siguientes al momento en que conoció el precio de la cesión. Aunque no se trata de una cuestión completamente pacífica en la doctrina, el Tribunal Supremo¹⁰ y la doctrina más autorizada¹¹ han delimitado y restringido el concepto de crédito litigioso.

Un crédito litigioso es aquel que, «habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible»¹². Es decir, al tiempo de la cesión debe existir un proceso relativo al derecho cedido en el que el demandado haya comparecido y haya contestado a la demanda. Aunque este punto es cuestionado por autores como García Cantero o Navarro, otros autores como Pantaleón (y también parece inferirse así de la jurisprudencia del Tribunal Supremo) sostienen que en la contestación a la demanda el deudor

cedido debe oponer excepciones de fondo. Es decir, para que el retracto legal del artículo 1535 del Código Civil sea aplicable, no basta que el demandado haya contestado a la demanda oponiendo sólo una o varias excepciones procesales ni que haya precluido el trámite de contestación a la demanda porque el demandado no haya comparecido o contestado en plazo. Con la mera oposición de excepciones formales, no se estaría cuestionando la existencia o legitimidad del crédito.

La norma tampoco es de aplicación si, al tiempo de la cesión, el proceso sobre la existencia o exigibilidad del crédito ha terminado por sentencia firme, por desistimiento, caducidad de la instancia o transacción. De igual modo, la norma no sería aplicable si, al tiempo de la cesión, hubiera actuaciones judiciales para hacer efectivo el crédito pero aún no se hubiera contestado a la demanda, o si el plazo de contestación hubiera expirado y el crédito estuviera en fase de ejecución forzosa (por ejemplo, con fecha de subasta fijada). Este último supuesto (proceso en fases más avanzadas de ejecución sin que el deudor haya contestado a la demanda) es el que se presenta de manera más habitual entre los *non-performing loans* cedidos.

Así las cosas, el ejercicio del retracto legal por el deudor en la venta de créditos litigiosos viene a ser un supuesto excepcional, ya que no todos los créditos reúnen las características para ser verdaderamente considerados como litigiosos y, aun reuniéndolos, parece difícil que un deudor que se encuentra en mora, que está siendo objeto de un procedimiento de ejecución y que no ha podido pactar con el banco una refinanciación de su deuda con quitas o esperas, vaya a ser capaz de reunir en nueve días naturales el precio pagado por el comprador, más el interés legal y las costas. Por ello, y ante la posibilidad de que la no asunción de esta responsabilidad tenga un impacto negativo en el precio de la cartera, los vendedores en ocasiones asumen este riesgo. De este modo, sólo en el caso de que un deudor ejercite de manera efectiva el retracto legal y pague al comprador el importe correspondiente, el crédito se consideraría defectuoso, aplicándose las sanciones contractuales que se describirán en el apartado 3.4.

3.4 · Créditos defectuosos: saneamiento de vicios

Las partes pactan en el contrato de compraventa un régimen de responsabilidad del vendedor por créditos defectuosos e incumplimiento de obligaciones

¹⁰ SSTS de 14 de febrero de 1903, 8 de abril de 1904, 4 de febrero de 1952, 16 de diciembre de 1969 y 31 de octubre de 2008.

¹¹ Entre otros, J. M. Manresa y Navarro: *Comentarios al Código Civil español (Tomo X, Volumen I)*, Madrid, 1969 (6.ª edición), págs. 589-598; J. Castán Tobeñas: *Derecho Civil Español Común y Foral (Tomo III – Derecho de obligaciones)*, Madrid, 1992 (11.ª edición), págs. 392-395; J. L. Navarro Pérez: *La cesión de créditos en el Derecho civil español (Capítulo XXII: La cesión del crédito litigioso)*, Córdoba, 1998, págs. 315-338; G. García Cantero: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales – Artículos 1445 a 1541 del Código Civil (Tomo XIX)*, Madrid, 1991, págs. 752-764; y J. Marsal Guillamet: «Retracto de crédito litigioso. Naturaleza jurídica. Qué debe entenderse por crédito litigioso (Comentario a la Sentencia de 31 de octubre de 2008 [R] 2008, 5810)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Fascículo 81)*, 2009, págs. 1093-1107.

¹² STS de 16 de diciembre de 1969.

del contrato que se pretende que sustituya al régimen general de saneamiento previsto en el Código Civil. También el vendedor aspira a que este régimen excluya la resolución total del contrato de compraventa, de manera que, aunque resulten defectuosos la mayoría de los créditos, el comprador sólo pueda requerir el saneamiento de los créditos afectados, sin que proceda la cancelación total de la operación.

Como en casi todo contrato de compraventa, se fija un límite máximo de responsabilidad del vendedor por créditos defectuosos o incumplimiento de obligaciones del contrato que suele situarse en el 100% del precio. Un aspecto a negociar es si este límite incluye también los gastos e impuestos que se deriven de las recompras o sustituciones de créditos defectuosos y que el vendedor tenga la obligación de asumir, o si el pago de estos conceptos no «consume» el límite de responsabilidad del vendedor. Este límite máximo de responsabilidad suele acompañarse de una franquicia, de forma que el vendedor no responde hasta que el conjunto de créditos defectuosos alcance un volumen tal que el precio pagado por ellos exceda de un determinado porcentaje del precio total de la compraventa. Las franquicias oscilan entre el 1% y el 5%, aunque tienen un impacto directo en el precio de la compraventa, que suele verse reducido de manera proporcional cuanto mayor es la franquicia.

La responsabilidad del vendedor por créditos defectuosos o incumplimiento de obligaciones del contrato debe reclamarse dentro de un plazo máximo de responsabilidad que oscila entre los 18 y los 30 meses. A veces el comprador solicita que, en caso de sustitución de créditos defectuosos, el plazo de responsabilidad se reinicie para los créditos de sustitución, si bien no podrá exceder de un límite temporal máximo a contar desde la fecha de la compraventa¹³.

Aunque el régimen de responsabilidad del vendedor puede variar según el curso que tomen las

negociaciones de cada operación, a continuación señalamos unas líneas maestras que se cumplen en la mayor parte de las operaciones en que hemos asesorado. El incumplimiento de las obligaciones del vendedor bajo el contrato de compraventa¹⁴ suele generar la obligación de indemnizar al comprador por los daños y perjuicios de carácter directo (excluyendo lucro cesante o pérdida de beneficios) sufridos, mientras que el incumplimiento de las declaraciones y garantías del vendedor provoca que un crédito resulte defectuoso y haya que optar entre su sustitución por otro crédito que cumpla las declaraciones y garantías, o por la resolución parcial o recompra del crédito defectuoso por el vendedor.

Un aspecto que suele ser objeto de largas negociaciones es a quién corresponde la opción entre la sustitución o la recompra de créditos defectuosos. En nuestra experiencia esta opción ha correspondido al vendedor de la cartera, que es quien mejor puede conocer si dispone de créditos de sustitución.

Si se opta por la recompra o resolución parcial de la compraventa de un crédito defectuoso, habrá que otorgar el correspondiente documento público para formalizar la transmisión al vendedor del crédito defectuoso, contra el pago por éste del precio recibido por el crédito defectuoso (que será el precio individualizado, si se hubiera fijado por las partes o, en caso contrario, el precio medio de la cartera) más los gastos de la operación de recompra y los impuestos satisfechos por el comprador en la adquisición originaria del crédito defectuoso, si los hubiere. Estos importes se minoran en los rendimientos obtenidos por el comprador del crédito defectuoso durante el tiempo en que fue su titular. En la negociación se puede pactar también la inclusión de un interés indemnizatorio y la devolución de parte de los gastos incurridos por el comprador en la operación original, aunque estos conceptos no se incluían en muchas de las operaciones en que hemos asesorado. Desde el punto de vista fiscal, el vendedor deberá hacer frente al pago del AJD derivado de la operación de recompra del crédito, siempre que sea un crédito hipotecario.

¹³ Por ejemplo, si el plazo de responsabilidad pactado por las partes fuera de 24 meses y se procede a la sustitución de un crédito defectuoso por otro que cumpla con las declaraciones y garantías del contrato, el comprador dispondría de un nuevo plazo de 24 meses para reclamar al vendedor por vicios de crédito de sustitución, sin que el plazo de reclamación pueda exceder de los 30 meses siguientes a la fecha de firma. Así, si la sustitución se hubiera producido a los 12 meses de la fecha de firma, el comprador dispondría de 18 meses para reclamar por los vicios del crédito de sustitución.

¹⁴ A título de ejemplo, en el caso de que el vendedor se haya adjudicado inmuebles en pago de los créditos de la cartera, el incumplimiento de la obligación de pago de impuestos, gastos de comunidad o suministros relativos a los inmuebles durante el período en que el vendedor haya sido su titular. Otro ejemplo podría ser el incumplimiento de las obligaciones de colaboración con el comprador en la sucesión procesal.

Si se hubiera optado por la sustitución de los créditos defectuosos, el vendedor deberá presentar al comprador un conjunto de entre 2 y 5 créditos que cumplan con las declaraciones y garantías de contrato de compraventa y con ciertos criterios de sustitución pactados por las partes (tipo de operación financiera, antigüedad de la reclamación judicial, localización geográfica, tipo de inmueble que garantiza el crédito, etc.) que pretenden que los créditos presentados sean lo más similares posibles a los créditos defectuosos que se pretende sustituir. Una vez que el comprador seleccione el crédito de sustitución que le interese, las partes otorgarán una escritura de permuta y el vendedor abonará los gastos de la operación de recompra y los impuestos satisfechos por el comprador en la adquisición originaria del crédito defectuoso, si los hubiere. Al igual que en la recompra o resolución parcial, se deducirán los rendimientos que el comprador haya obtenido del crédito defectuoso. Fiscalmente, la sustitución es una operación menos eficiente que la recompra o resolución parcial, sobre todo cuando, como consecuencia de la ejecución de los créditos defectuosos, el comprador hubiera adquirido un inmueble, puesto que en este caso el vendedor debería hacerse cargo del coste del impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas correspondiente a la adquisición originaria del inmueble por el comprador, más el correspondiente a su transmisión al vendedor, más el correspondiente a la transmisión por el vendedor al comprador del inmueble de sustitución. Si sólo se sustituyeran créditos hipotecarios, el vendedor deberá, como regla general, asumir por pacto contractual el AJD correspondiente a la adquisición originaria del crédito hipotecario por el comprador, más el correspondiente a su transmisión al vendedor, más el correspondiente a la transmisión por el vendedor al comprador del crédito hipotecario de sustitución. En la sustitución de créditos sin garantía hipotecaria, no se pagará impuesto indirecto alguno.

3.5 · La notificación de la cesión a los deudores

Tras la fecha de efectividad, una vez cerrada la transmisión de la cartera de *non-performing loans* al comprador, es preciso notificar cuanto antes a los deudores la cesión realizada. Puede ser una tarea muy compleja desde el punto de vista operativo, pues los deudores pueden ser miles y sus datos de contacto no siempre serán precisos. Por eso esta tarea suele encomendarse a sociedades de gestión especializadas, que llevan un registro de las comu-

nicaciones enviadas y de las que han sido correctamente recibidas.

Desde un punto de vista civil, la notificación de la cesión a los deudores evita pagos liberatorios al anterior acreedor y limita la posibilidad de compensación. Así, conforme a los artículos 1527 del Código Civil y 347 del Código de Comercio, los pagos realizados por el deudor al antiguo acreedor antes de tener conocimiento de la cesión serán liberatorios respecto de los importes pagados, por lo que debería el vendedor entregar al comprador las cantidades recibidas. Además, de conformidad con el artículo 1198 del Código Civil, si a un deudor se le hizo saber la cesión del crédito y no la consintió (que será lo que ocurra habitualmente, ya que ningún deudor suele responder ofreciendo su conformidad con la transmisión de la cartera al comprador), podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que al acreedor cedente siempre que sean anteriores al conocimiento de la cesión y no sean personalísimas, pero no podrá oponer las excepciones posteriores, de modo que se evita la posibilidad de compensación de deudas posteriores a la cesión. Así, el comprador consigue que su cartera no se vea perjudicada por las relaciones posteriores entre el vendedor y el deudor cedido como consecuencia de otras operaciones financieras.

Hay que tener también presentes las implicaciones de la transmisión de la cartera conforme a la normativa de protección de datos, contenida sustancialmente en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento que la desarrolla. Desde este punto de vista, es necesario informar a los deudores cuanto antes de la transmisión de sus datos personales a los efectos de evitar relevantes sanciones. A estos efectos, el vendedor enviará a cada deudor una notificación, cuyo contenido preparan conjuntamente el vendedor y el comprador (normalmente incluida dentro de la notificación general de la cesión descrita en el apartado anterior), en el que se informa de la transmisión de los datos personales consustancial a la cesión del crédito y de que por ello, en adelante, el comprador, en su condición de nuevo acreedor, será el responsable del tratamiento de tales datos para controlar los cobros y devoluciones de la deuda y cualesquiera otras actuaciones inherentes a su condición de nuevo acreedor. Salvo que el comprador obtenga el consentimiento del deudor para tratar los datos para otros fines, el comprador sólo podrá tratar los datos personales con el fin de ges-

tionar el crédito, lo que incluye la facultad de comunicarlos a las entidades que le presten los servicios de gestión de la deuda, que actuarán como encargados del tratamiento de los datos al amparo de la celebración de un contrato especial de tratamiento de datos. Además, el comprador deberá establecer las medidas de seguridad para los datos personales que determina el Real Decreto citado (si se trata de derechos de crédito generados por la prestación de un servicio bancario, estas medidas serán las denominadas de nivel básico y medio, que entre otros muchos aspectos obligan a realizar una auditoría interna o externa de las medidas de seguridad cada dos años).

3.6 · La entrega de la documentación de los créditos

Otra de las cláusulas que es objeto de intensas negociaciones en los contratos de compraventa de *non-performing loans* es la que regula la entrega de documentación de los créditos por el vendedor. El comprador pretende disponer de la máxima cantidad de documentación original de la cartera que sea posible para poder iniciar sin demoras los procedimientos judiciales de reclamación. Sin embargo, recopilar esta información puede ser una tarea muy compleja para el vendedor, ya que se transmite un número elevado de operaciones y la documentación puede estar dispersa entre las diferentes sucursales de la entidad financiera, o puede haberse extraviado o incluso no existir. Hay que tener presente que algunos bancos no obligan a sus sucursales a formalizar en documento público operaciones de importe bajo, y que algunas operaciones pueden no estar siquiera documentadas (por ejemplo, descubiertos en cuenta corriente, deudas por tarjetas de crédito, etc.).

Si el vendedor no entregara la información que el contrato de compraventa contempla en un plazo determinado, que suele oscilar entre los dos y seis meses siguientes a la fecha de firma, el crédito cuya documentación no haya sido entregada será defectuoso, y procederá la aplicación del régimen de saneamiento de vicios descrito en el apartado 3.4. Por eso para el vendedor resulta esencial asumir compromisos de entrega de documentación que esté seguro de poder cumplir.

Los niveles de exigencia en la entrega de documentación dependerán de la tipología de los créditos transmitidos, de su volumen y de la antigüedad de los créditos que componen la cartera. Además, la

documentación de que se disponga determinará, en buena medida, el procedimiento al que se acudirán en cada caso para reclamar el pago de los distintos créditos que compongan la cartera de *non-performing loans*¹⁵.

15 A continuación se describen brevemente los procedimientos que el comprador tendrá a su disposición para reclamar el pago de los créditos y la documentación que necesita presentar:

— Normalmente se suele recurrir a un procedimiento monitorio cuando el crédito no está documentado en un título ejecutivo (como escritura pública o póliza mercantil intervenida por notario). Como regla general, el acreedor puede iniciar el procedimiento monitorio aportando con su demanda («petición inicial») cualquier documento que acredite la existencia de la deuda reclamada (que puede estar firmado o contar con el signo distintivo del deudor, o ser alguno de los que habitualmente se utilizan en el tráfico para acreditar deudas, como una factura, un albarán de entrega, un telegrama, etc.) y una certificación de saldo (*vid.* artículo 812 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Conviene tener presente que, según el criterio mayoritario de los juzgados y tribunales, la certificación de saldo elaborada por el propio vendedor acreedor no es un documento suficiente, por sí solo, para iniciar un procedimiento monitorio. En este sentido pueden citarse, por todos, el AAP de Sevilla de 4 de noviembre de 2008 [LA LEY 241836\2008], los AAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2007 [AC 2008\478] y de 19 de julio de 2007 [LA LEY 127569\2007] y el AAP de Girona de 30 de marzo de 2005 [JUR 2005\127125]. Asimismo, a título ilustrativo, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia de 6 de noviembre de 2007 acordó que «*el certificado de liquidez del préstamo elaborado por la propia entidad ejecutante, por sí solo, es insuficiente como documento para formular reclamación en el procedimiento monitorio*».

El procedimiento monitorio es muy utilizado en la práctica diaria y ofrece indudables ventajas: (i) su mayor laxitud y flexibilidad en relación con la documentación requerida para su inicio (sin que sea necesaria, por ejemplo, la aportación de documentación contractual ni del burofax o carta de reclamación extrajudicial dirigida previamente al deudor y, en caso de haberlo, al fiador); (ii) su menor duración, lo que hace que sea un medio ágil para obtener un título ejecutivo, ya que, si el deudor no paga ni se opone a la petición inicial en el plazo de 20 días a contar desde su notificación, el secretario judicial dictará un decreto (título ejecutivo) con base en el cual el acreedor podrá ejecutar los bienes del deudor, mientras que si se opone el asunto se resolverá mediante el procedimiento declarativo que corresponda (ordinario o verbal) en función de la cuantía reclamada; y (iii) la posibilidad de reclamar deudas de cualquier importe.

— Se suele acudir al procedimiento de ejecución común u ordinaria para reclamar aquellos créditos sin garantía real que están documentados en un título ejecutivo (básicamente, escrituras públicas o pólizas mercantiles, como las de préstamo, crédito, descuento, afianzamiento, etc.). Ello no impide que, a elección del comprador, también se puedan reclamar por esta vía los créditos hipotecarios. La documentación que el comprador necesita acompañar a la demanda para poder iniciar una ejecución ordinaria es (i) el título ejecutivo (si el crédito está documentado en una póliza, el título será el testimonio con carácter ejecutivo de la póliza intervenida notarialmente conforme a lo dispuesto en los artículos 517.2.5.º LEC, 17 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado («LN»), y 250 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, «RN»); (ii) la certificación de saldo emitida por el propio vendedor acreedor e intervenida por notario; y (iii) el burofax o carta

Si se trata de créditos fallidos o de riesgo muy dudoso que se venden con un elevado descuento, las obligaciones de entrega de documentación serán

bastante laxas. En cambio, para *non-performing loans* en situación de riesgo dudoso, las posibilidades son más amplias. En carteras de créditos sin

de reclamación extrajudicial del saldo deudor dirigida al domicilio del deudor. Conviene tener presente que, para que las pólizas anteriores a la reforma introducida en la LN por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, sean títulos ejecutivos, se requerirá la aportación del original de la póliza, junto con la certificación del notario que acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos.

— Por otro lado, cuando el crédito está documentado en alguno de los títulos regulados en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (letra de cambio, cheque o pagaré), el vendedor podrá reclamar su pago a través de un procedimiento cambiario.

— El procedimiento de ejecución hipotecaria es el utilizado habitualmente para reclamar créditos garantizados con hipoteca, siempre y cuando reúnan una serie de requisitos formales que veremos a continuación. Este procedimiento se inicia mediante la presentación de una demanda a la que el ejecutante tiene que acompañar necesariamente: (i) una copia con carácter ejecutivo de la escritura de constitución de hipoteca (es el título ejecutivo); (ii) la certificación notarial de saldo; y (iii) el burofax o carta de reclamación extrajudicial del saldo deudor dirigida al domicilio registral del deudor, es decir, al domicilio pactado en la escritura de constitución de hipoteca a efectos de notificaciones.

Una cuestión que hay que tener presente es que si el vendedor hubiera solicitado copia con fuerza ejecutiva de alguna de las escrituras que documenten los créditos y no se la entregara al comprador, éste podría tener dificultades a la hora de iniciar la ejecución hipotecaria del inmueble. Si el comprador no dispone de la copia con fuerza ejecutiva, deberá solicitar al notario la expedición de una copia con este carácter.

Sin embargo, cuando esa copia ya se hubiera emitido con anterioridad y se hubiera extraviado, la regulación actual de las escrituras públicas como títulos ejecutivos —recogida en los artículos 517.2.4.^o LEC, 18 LN y 233 y siguientes del RN— establece con carácter general que, para iniciar la ejecución, hay que presentar una segunda copia con fuerza ejecutiva que debe darse en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o que se expida con la conformidad de todas las partes. Como la conformidad del deudor será difícil de obtener en este caso, habrá que recurrir al mandato judicial, con el consiguiente retraso (ya que, pese a lo complicado que resulta hacer estimaciones de tiempo, no es previsible que, por la situación actual de colapso de los juzgados, pudiera conseguirse antes de un plazo razonable de unos seis meses). Por esa razón, es práctica habitual incorporar una cláusula en las escrituras por virtud de la cual las partes apoderan a la entidad acreedora para la obtención de más copias con efectos ejecutivos. Conviene tener presente que, para que las escrituras expedidas con anterioridad a la reforma introducida en la LN por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, sean títulos ejecutivos, deberán ser primeras copias (sin necesidad de hacer constar su carácter ejecutivo), o segundas o posteriores copias con carácter ejecutivo.

El artículo 685.4 LEC establece una excepción para entidades facultadas para emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios. Estas entidades son fundamentalmente los bancos españoles y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito, las cajas de ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito.

También podrán beneficiarse los bancos comunitarios que cuenten con «pasaporte comunitario», sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos. Para estas entidades bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca, junto con una «copia autorizada» (no basta una copia simple) de la escritura de constitución de hipoteca, que podrá ser parcial, es decir, que comprenda tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución. Sin embargo, esta condición de entidad facultada para emitir cédulas hipotecarias normalmente no concurrirá en el comprador, que no podrá beneficiarse de esta excepción y deberá solicitar sucesivas copias con fuerza ejecutiva si así se ha pactado expresamente por las partes, o bien expedidas en virtud de mandato judicial. Otra cuestión importante de orden práctico que conviene tener presente es que el contrato de crédito y la escritura de constitución de hipoteca pueden constar en documentos distintos. En estos casos, según la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria basta con que el vendedor aporte la copia ejecutiva e inscrita de la escritura de constitución de hipoteca, por ser éste el título ejecutivo. Asimismo, en estas operaciones también hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que establece una serie de medidas encaminadas a permitir la reestructuración de las deudas hipotecarias, y que serán de aplicación a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria vigentes a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, y cuyos deudores carezcan de recursos y se encuentren situados en el denominado «umbral de exclusión» definido en la norma. Estas medidas se contienen en un Código de Buenas Prácticas, que será de obligado cumplimiento para aquellas entidades de crédito que se adhieran a él. Además de la moderación del tipo de interés moratorio aplicable a los contratos (que pasará a ser como máximo el tipo pactado de intereses remuneratorios más el 2,5% sobre el capital pendiente del préstamo), el Código implanta las siguientes medidas a las que se podrá acoger el deudor: la reestructuración de la deuda (con un plazo de carencia de cuatro años y ampliación del plazo de amortización de hasta 40 años), la quita de parte de la deuda (si la reestructuración no es viable) y la dación en pago de su vivienda habitual (si ninguna de las dos medidas anteriores son posibles), que deberá ser aceptada por la entidad acreedora, con la consiguiente cancelación total de la deuda, caso en el que además el deudor podrá permanecer en la vivienda dos años más como arrendatario. Por último, conviene señalar que el deudor no podrá solicitar la reestructuración ni la dación, sino sólo la quita, cuando contra él se haya iniciado una ejecución en la que ya se haya anunciado la subasta. Tampoco podrá pedir la dación cuando la vivienda tenga cargas posteriores.

— Una vez analizado el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, conviene recordar que, además, si así se ha pactado, el vendedor también puede recurrir a la *venta extrajudicial, ante notario, del bien hipotecado*, cuya regulación ha sido modificada parcialmente por virtud del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con el fin de adaptarla a la reforma operada en la LEC en materia de régimen de adjudicación de inmuebles que no constituyen la vivienda habitual del deudor por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, a cuyo comentario en el apartado 5.1 de este artículo nos remitimos.

garantías hipotecarias se entregará en todo caso una certificación de saldo que refleje el importe de la deuda a la fecha de efectividad o, si se hubiera iniciado un procedimiento judicial con anterioridad, a la fecha en que la operación fue calificada como contenciosa. También se suelen entregar los originales de los contratos cuyas copias se facilitaron en la *due diligence* y extractos de los movimientos de cuentas bancarias o tarjetas de crédito cuando se reclame el saldo vivo de este tipo de operaciones. En otros casos, el vendedor puede llegar a comprometerse a entregar originales de préstamos o créditos que excedan de un determinado importe.

En el caso de venta de créditos hipotecarios en situación de riesgo dudoso, es habitual que, aparte de la referida certificación de saldo, el vendedor entregue copias con carácter ejecutivo de las escrituras e informes o certificados de tasación de los inmuebles correspondientes a aquellos créditos para los que no se haya iniciado una reclamación judicial. Si la reclamación judicial ya se hubiera iniciado, el vendedor suele aportar copia de la demanda y sus anexos y los datos de los abogados y procuradores a cargo de estos procedimientos.

4 · LA SUCESIÓN PROCESAL

Desde el momento en que el comprador cierra la adquisición de la cartera, cobra trascendencia práctica la materialización de la sucesión procesal por virtud de la cual el comprador pasará, en su caso, a ocupar la posición del vendedor en los procesos de reclamación ya iniciados y a proseguir con las actuaciones sin que se perjudique su posición como demandante.

En los supuestos más habituales de ventas de carteras de créditos, en los que se transmite la plena titularidad de los créditos, el comprador se subroga

en todos los derechos y acciones del vendedor para reclamar la deuda frente al deudor.

Así, en los procesos declarativos de reclamación ya iniciados, el comprador puede solicitar que se le tenga como parte procesal en la posición que ocupaba el vendedor, acreditando la transmisión de los créditos (art. 17 de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —«LEC»—)¹⁶. También cabe solicitar la sucesión procesal del ejecutante en un proceso de ejecución (por alicación del art. 17 LEC, ya que el art. 540 LEC previsto en sede de ejecuciones regula un supuesto de sucesión en la relación jurídica material antes del inicio del proceso)¹⁷.

En estos casos, es conveniente que, en cuanto se lleve a cabo la cesión del crédito reclamado judicialmente, el comprador ponga en conocimiento del juzgado que ha adquirido el crédito y solicite suceder procesalmente al vendedor.

A los efectos anteriores, también es habitual que vendedor y comprador se comprometan a suscribir conjuntamente un escrito dirigido al juzgado ante el que se tramite el procedimiento judicial, para poner en su conocimiento la cesión efectuada, la personación del comprador-cesionario en el procedimiento ya iniciado y el apartamiento del mismo del vendedor-cedente.

En la práctica, la solicitud del comprador se articula mediante la presentación de un escrito de personación por su procurador, en el que se pide formalmente que se acceda a la sucesión procesal y que se tenga al comprador como parte demandante, y al que se aporta un documento acreditativo de la cesión del crédito. Dada la libertad de forma que rige la cesión de créditos ordinaria, ésta puede constar en documento privado, en acta o certificación notarial, en escritura pública notarial, etc. No obstante, como excepción, la cesión de créditos hipotecarios necesariamente ha de documentarse

— Aparte de los procedimientos de ejecución (común u ordinaria, e hipotecaria) y de los procedimientos monitorio y cambiario, el vendedor también puede acudir para reclamar el pago del crédito a los procedimientos declarativos verbal (para reclamaciones de hasta 6000 €) y ordinario (para reclamaciones superiores a 6000 €). Para iniciar cualquiera de ellos habrá de presentar una demanda, a la que tendrá que acompañar todos aquellos documentos (públicos o privados, originales o copias) de que disponga que acrediten los hechos en que fundamenta su reclamación. En la práctica no es frecuente acudir a este tipo de procedimientos salvo cuando no se dispone de título ejecutivo, existen dudas sobre la existencia del crédito o el inicio del resto de procedimientos plantea problemas de cualquier tipo.

¹⁶ Obviamente, los procesos no iniciados al tiempo de la cesión de los créditos podrán ser instados por el comprador, si bien en ellos también deberá acreditar la adquisición del crédito por cesión.

¹⁷ Nótese que algún autor (*vid.* A. Martínez de Santos: «La finalización de la ejecución por la venta del crédito», *Práctica de Tribunales*, núm. 96-97, septiembre-octubre 2012, págs. 150-151) sostiene, por un lado, que si el ejecutante vende el crédito y lo comunica al juzgado, solicitando que se le tenga por apartado y que se dé plazo al comprador para que ocupe la posición de ejecutante, habrá de dictarse un decreto del artículo 570 LEC, sin la apertura del trámite del artículo 17.1 LEC y, por otro lado, que si el comprador se persona con el mismo procurador que el vendedor, sólo cabe declarar la sucesión procesal antes de que se haya dictado el auto que despache ejecución.

en escritura pública que, a su vez, debe inscribirse en los Registros de la Propiedad correspondientes¹⁸.

En el caso de que en la operación únicamente se pactara una cesión de las resultas de los créditos de la cartera (en vez de una cesión plena que incluya la subrogación en la posición del vendedor), no se producirá una solicitud formal de sucesión procesal. Como regla general, en ese caso comprador y vendedor no comunicarán al juzgado la cesión efectuada, de tal manera que ésta no aflora y el juzgado es ajeno a los acuerdos extrajudiciales alcanzados entre comprador y vendedor. Así, tras la cesión, el proceso de ejecución continuaría tramitándose tal y como estaba, con el vendedor como parte ejecutante, hasta el momento procesal de la cesión de remate, que es aprovechado para formalizar la transmisión de los inmuebles en favor del comprador.

5 · LA EJECUCIÓN DE LOS CRÉDITOS DE LA CARTERA

5.1 · Régimen para la adjudicación de bienes del deudor

En las ventas de carteras el comprador procederá cuanto antes a la reclamación de los créditos para conseguir del correspondiente deudor o sus garantes un pago en metálico de la deuda o la adquisición de bienes en pago de ella. Si no fuera posible alcanzar un acuerdo extrajudicial con el deudor, o si el procedimiento judicial estuviera ya en una fase avanzada, el comprador pretenderá la realización de los bienes del deudor en un procedimiento de ejecución. En el caso de carteras de créditos hipotecarios, el objetivo fundamental será la ejecución de los inmuebles hipotecados en garantía del crédito.

Para los procedimientos de ejecución (ya sea común u ordinaria, o hipotecaria) la LEC establece un precio mínimo de adjudicación de los inmuebles para determinados supuestos. La regla general es que cuando el inmueble subastado sea la vivienda habitual del deudor, el acreedor ejecutante no podrá adjudicárselo por un importe inferior al 60% de su valor de tasación (art. 670.4.II LEC)¹⁹. Como

excepción, si el inmueble subastado no es la vivienda habitual del deudor, el precio mínimo de adjudicación será el 50% de su valor de tasación o el importe de la deuda (disposición adicional 6.ª LEC)²⁰. No obstante, la LEC no define «vivienda habitual», por lo que se trata de un concepto jurídico indeterminado que, en la práctica, es interpretado de forma diferente por cada órgano judicial. Por esa razón, la prudencia aconseja consultar el criterio del juzgado correspondiente antes de cada subasta.

Frente a la alternativa de adjudicación de los inmuebles por el propio ejecutante, la cesión de remate es una forma de transmitir los inmuebles adjudicados en pública subasta que consiste en que el ejecutante (cedente del remate) designa a un tercero (cesionario) al que cede su posición de mejor postor o adjudicatario del bien subastado. Es una facultad que sólo tiene el ejecutante (en caso de que se adjudique el bien un tercero, éste no podrá efectuar la cesión) y que está regulada en el artículo 647.3 LEC. Es aplicable a toda subasta de bienes inmuebles, tanto si se produce en un procedimiento de ejecución hipotecaria como en un procedimiento de ejecución común u ordinaria²¹. En este tipo de operaciones es habitual que el cesionario del remate sea el comprador de la cartera de *non-performing loans* o un tercero designado por éste (normalmente, una sociedad vinculada con él, como puede ser una filial o una sociedad vehículo participada por él).

Aunque por el nombre con que se conoce a esta facultad (cesión de remate) pueda pensarse que el ejecutante sólo puede ceder a un tercero el remate²² del bien subastado (esto ocurre cuando, en caso de subasta con postores, le cede su condición de mejor postor), lo cierto es que también puede ceder a un tercero la adjudicación²³ (lo que sucede cuando, en caso de subasta desierta por ausencia de postores, solicita la adjudicación en pago de su crédito con-

con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

¹⁹ Esta norma fue introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

²⁰ La cesión de remate también está regulada en el artículo 236-h-4 del Reglamento Hipotecario para las ventas extrajudiciales ante notario de bienes hipotecados.

²¹ Así resulta de lo dispuesto en el artículo 647.3.I LEC: «El ejecutante podrá hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero».

²² Así se desprende del artículo 647.3.II LEC: «La misma facultad tendrá el ejecutante en los casos en que se solicite la adjudicación de los bienes embargados con arreglo a lo previsto en esta Ley».

¹⁸ La inscripción de la cesión sólo tiene eficacia registral frente a terceros, no siendo necesaria para que el cesionario pueda reclamar judicialmente el crédito que le ha sido transmitido.

¹⁹ Esta regla general fue introducida por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas

forme al artículo 671 LEC y posteriormente cede al tercero su condición de adjudicatario). Por tanto, se puede hablar de «cesión de remate» y de «cesión de adjudicación», aunque no existe diferencia práctica relevante entre ellas²⁴ y en este artículo se utilizará el término «cesión de remate» para referirnos a ambas.

Por otro lado, aunque la cesión de remate se formaliza algún tiempo después de la subasta, la prudencia aconseja que ya en ella el ejecutante anuncie públicamente su voluntad de pujar reservándose su derecho de ceder el remate a un tercero, y que esta reserva se haga constar expresamente en el acta de la subasta, y todo ello con independencia de que efectivamente se consume o no esa cesión, ya que es una facultad perfectamente renunciabile. El anuncio en la subasta, además de tener relevancia a efectos fiscales —como veremos—, posibilita que la cesión efectivamente se lleve a cabo después y sirve para conjurar cualquier riesgo derivado de un anuncio extemporáneo. En cambio, si el anuncio no se hace en la subasta, sino posteriormente, cabe la posibilidad de que el juzgado, en función del criterio que aplique, no permita su realización.

Existe una laguna legal en cuanto al plazo disponible para la realización de la cesión de remate. En su día, la regla decimoquinta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria concedía al acreedor ejecutante un plazo de ocho días para realizar la cesión de remate. Sin embargo, esta regla fue derogada con la entrada en vigor de la LEC de 2000, y lo cierto es que actualmente no existe norma alguna que establezca un plazo para ceder el remate. Ante esta laguna legal, habrá que estar al plazo que cada uno de los juzgados conceda al ejecutante para que pueda ceder el remate (normalmente suele ser el mismo plazo de veinte días, a contar desde el día siguiente a la celebración de la subasta, concedido al ejecutante por el artículo 671 LEC para pedir la adjudicación).

No obstante, como la LEC no fija ningún límite temporal para que el ejecutante pueda ejercitar la facultad de ceder el remate, en la práctica judicial suele admitirse que aquél pueda ceder el remate aun cuando haya transcurrido el plazo conferido al efecto²⁵ —incluso aunque no haya anunciado en la

subasta ni en el subsiguiente plazo del artículo 671 LEC su intención de ceder el remate—, siempre que el secretario judicial no haya dictado el decreto de adjudicación²⁶, cuyo testimonio (que expide el secretario cuando el decreto deviene firme) es el acto jurídico traslativo de dominio del bien inmueble y el título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad del dominio del bien en favor del adquirente (arts. 670.8 y 674.1 LEC).

La cesión de remate se formaliza mediante la comparecencia —a la que alude el artículo 647.3 LEC— del vendedor (cedente del remate) y del comprador de la cartera o de un tercero designado por éste (cesionario del remate) ante el secretario judicial. Sólo a partir de ese acto, en el que el cesionario deberá aceptar expresamente la cesión, tanto ésta como la aceptación surtirán efectos en el proceso de ejecución. Con todo, no es infrecuente que algunos secretarios judiciales sustituyan la comparecencia por la concesión a las partes de un trámite escrito para la formalización de la cesión en un plazo determinado (normalmente, no superior a diez días), trámite que hace las veces de dicha comparecencia (identidad de requisitos y de efectos).

Es práctica habitual que, a la hora de formalizar la cesión (en la comparecencia o en el trámite escrito), el vendedor (cedente del remate) aporte una carta de pago en la que manifieste que previamente ha percibido del comprador (cesionario del remate) una cantidad determinada en concepto de precio de la cesión de remate. La experiencia demuestra que con la aportación de esa carta de pago se suele

ejecutante deba necesariamente ceder el remate en el plazo de veinte días concedido por el artículo 671 LEC para solicitar la adjudicación, pudiendo hacerlo con posterioridad: «En consecuencia, si la ley procesal no establece plazo alguno ni se indica en ella que el derecho a ceder el remate deba ejercitarse dentro del mismo plazo concedido al ejecutante para pedir la adjudicación, no existe motivo alguno para denegar que, como se solicita en el caso de autos, se inste la adjudicación del bien con reserva de la facultad de ceder el remate, de manera que una y otra facultad se ejerciten sucesivamente».

25 Con todo, el AAP de Las Palmas de 22 abril de 2010 [JUR 2011\11016] declara que «ningún obstáculo existiría en que se dictara auto de adjudicación a favor del acreedor que desea luego ceder el remate o "adjudicación" (precisamente para cortar toda posibilidad de que el bien sea liberado y buscar un comprador seguro para el derecho) y se produjera, ulteriormente, la aprobación de la cesión del derecho a un tercero por auto distinto al de aprobación de la adjudicación (ya que aunque en la práctica se suele hacer la adjudicación directamente a favor del cesionario, como aquí sucedió, el art. 647.3 LEC no impide que se haga una cesión del remate en momento posterior a la adjudicación o al de aprobación del remate)».

23 En este sentido se expresan, por todas, las SSTS de 18 de abril de 1987 [RJ 1987\2714] y de 5 de marzo de 2009 [RJ 2009\1632] y el AAP de Las Palmas de 22 abril de 2010 [JUR 2011\11016].

24 En este sentido se pronuncia el AAP Baleares de 12 de febrero de 2003 [AC 15\2003] de 12 de febrero, que rechaza que el

tener por cumplimentado el requisito establecido por el artículo 647.3 LEC. No obstante, en casos aislados, algunos secretarios judiciales requieren además la justificación documental del pago del precio de la cesión de remate efectivamente realizado por el comprador al vendedor. Esta exigencia adicional es discutida y parece responder a una interpretación literal del precepto mencionado excesivamente forzada, ya que aquél no impone la aportación de este documento como medio único de prueba de la realización del pago, pudiendo ser suficiente la presentación de la carta de pago del vendedor-cedente. Sin perjuicio de lo anterior, dada la disparidad de criterios, es conveniente consultar y confirmar antes de la subasta y de la cesión de remate el criterio de cada juzgado.

A estos efectos hay que tener en cuenta que el precio de la cesión de remate es un concepto diferente al del precio del remate o adjudicación. El precio del remate es el importe de la puja realizada por el vendedor en la subasta cuando resulta ser el mejor postor, y el precio de la adjudicación es el importe por el que el vendedor la solicita cuando no hay postores. En cambio, el precio de la cesión de remate es el importe que recibe el vendedor (cedente del remate) del comprador o tercero (cesionario del remate) por la transmisión del bien que ha sido rematado o adjudicado a favor de aquél. El vendedor y el comprador pueden pactar extrajudicialmente un precio de cesión de remate superior (a modo de sobreprecio), inferior o igual al precio del remate o adjudicación. Debe tenerse en cuenta que el precio real por el que el vendedor realice la cesión es algo ajeno al procedimiento judicial y que en nada incide en el precio del remate o adjudicación, pues al juzgado le son ajenas las relaciones entre vendedor y comprador, de manera que, en su caso, este acuerdo extrajudicial no afloraría en el proceso judicial²⁷.

La cesión de remate es la alternativa más beneficiosa para el vendedor desde el punto de vista fiscal²⁸,

ya que no tiene que adjudicarse el inmueble como paso previo a su transmisión al comprador y evita tributar por la adquisición del inmueble. La opción por la cesión de remate puede también resultar beneficiosa para el comprador, ya que le permitiría ahorrarse la tributación por la modalidad de AJD del ITP y AJD sobre una eventual cesión de créditos con garantía hipotecaria (la cesión de remate permite al adquirente adjudicarse directamente los activos sin que medie una previa adquisición del crédito sujeta a tributación). Sin perjuicio de lo anterior, en ambos casos, tanto en compraventa directa como en cesión de remate, el comprador deberá tributar por la adjudicación del inmueble según esta quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido («IVA») y a AJD o a la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas («TPO») del ITP y AJD²⁹.

5.2 · La incidencia del concurso sobre los procedimientos de reclamación

Otro aspecto a considerar por vendedor y comprador en las ventas de carteras es la incidencia que puede tener la situación concursal de los deudores de los créditos de la cartera transmitida. Los efectos de la declaración de concurso sobre los procedimientos de reclamación frente a un determinado deudor están regulados en los artículos 50 a 56 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («LC»)³⁰.

En lo que respecta a los procedimientos declarativos (entre los que habría que incluir, a los efectos de este artículo, el procedimiento ordinario, el juicio verbal y el procedimiento monitorio), la LC prohíbe que se puedan iniciar nuevas reclamaciones contra el deudor una vez que haya sido declarado en concurso (art. 50 LC), si bien permite la

²⁷ A favor, *vid.* en la doctrina, entre otros, J. Montero Aroca: *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, *op. cit.*, pág. 950. En la jurisprudencia, por todos, el AAP de Las Palmas de 22 abril de 2010 [JUR 2011\11016].

²⁸ Existen dudas en relación con la tributación en el IVA de las operaciones de cesión de remate, ya que la doctrina de la Dirección General de Tributos ha sido oscilante en este sentido. Sin embargo, es importante destacar que el Tribunal Supremo ha resuelto ya sobre este asunto en sus sentencias de 5 de julio de 2005 y de 1 de diciembre de 2011, entendiendo que las operaciones de cesión de remate deben encuadrarse dentro de la actividad crediticia de las entidades financieras y concluyendo,

por lo tanto, que se extiende la exención de actividades financieras (artículo 20.Uno.18.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido) a las operaciones de cesión de remate efectuadas por entidades financieras.

²⁹ La tributación para el comprador dependerá de la tipología del bien inmueble transmitido y de la condición como sujeto pasivo del IVA que pueda deducirse la totalidad del IVA soportado en la adquisición del comprador (en general, estará sujeta al IVA y AJD la entrega de terrenos, la primera entrega de edificaciones y la segunda entrega de edificaciones comerciales y, en cambio, estará sujeta a TPO la segunda entrega de viviendas).

³⁰ A la fecha de conclusión de este artículo, la redacción vigente de estos preceptos es la que les fue dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que introdujo importantes novedades en esta materia.

continuación de las que ya estén en curso hasta que recaiga sentencia firme (art. 51 LC).

Por lo que se refiere a los procedimientos de ejecución común u ordinaria, no podrán iniciarse nuevos desde la fecha de declaración de concurso y deberán suspenderse los ya iniciados. En estos últimos el juez del concurso puede acordar el alzamiento y cancelación de los embargos trabados (art. 55 LC).

En cuanto a los procedimientos de ejecución hipotecaria, la declaración de concurso (sea o no firme) comporta la suspensión de los ya iniciados (incluso aunque ya estuvieran publicados los edictos de la subasta), que solo podrán reanudarse cuando el juez del concurso declare que los bienes hipotecados no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56 LC).

Por su parte, para iniciar una nueva ejecución hipotecaria sobre bienes afectos a la actividad del deudor —de las que necesariamente conocerá el juez mercantil del concurso— habrá que esperar a que (i) se apruebe un convenio que no afecte al derecho de realización forzosa de la garantía o (ii) transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya iniciado la fase de liquidación.

Con todo, pese a la declaración de concurso, podrán instarse ante los jueces civiles de primera instancia nuevas ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad del deudor hasta la apertura de la fase de liquidación, ya que esta comporta una ejecución colectiva, en la que solo la administración concursal tendrá la condición de

parte ejecutante y los acreedores individuales estarán sometidos, en cuanto al modo de realización de los bienes y al cobro de sus créditos, a lo previsto en el plan de liquidación que se apruebe al efecto. En el caso de sociedades industriales o que se dedican a la producción de bienes y equipos, será normalmente más difícil encontrar bienes no afectos a su actividad, y la decisión sobre su condición de bien afecto corresponderá al juez del concurso. Por tanto, para evitar riesgos (de inadmisión por falta de competencia objetiva del juzgado o de suspensión de la ejecución de un bien afecto) es conveniente pedir al juez del concurso que se pronuncie sobre el carácter o no afecto del bien antes de iniciar una ejecución hipotecaria.

Por último, al margen de los procedimientos de ejecución, la LC contempla tres métodos alternativos de realización y transmisión de los bienes hipotecados del concursado con previa autorización judicial y en cualquier momento del concurso, como son la venta directa, la subasta (judicial o extrajudicial) y la cesión en o para pago (en favor del acreedor o de un tercero por él designado). Esta última fórmula, aunque ya venía siendo admitida en la práctica, ha sido introducida expresamente en el artículo 155.4 LC³¹ por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC, y guarda analogías relevantes con la facultad de ceder el remate a un tercero reconocida al ejecutante en sede de ejecución singular, ofreciendo a vendedor y comprador posibilidades similares en el ámbito del concurso a las que proporciona dicha cesión de remate fuera del concurso.

³¹ En la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el artículo 155.4 LC reza:

«4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y

con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar».