

LA CESIÓN Y ADJUDICACIÓN DE BIENES.

ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN LOS CASOS DE ADJUDICACIÓN AL ACREEDOR Y CESIÓN DE REMATE. CESIÓN DE REMATE A FAVOR DE LOS FONDOS DE TITULIZACIÓN HIPOTECARIA. FUSIÓN O SUCESIÓN UNIVERSAL DE LA ENTIDAD ACREEDORA. FISCALIDAD DE LA ADJUDICACIÓN AL EJECUTANTE O AL CESIONARIO.

Alejandro M. Bañón González
Registrador de la Propiedad

ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN LOS CASOS DE ADJUDICACIÓN AL ACREEDOR Y CESIÓN DE REMATE.

Es indiscutible que la calificación de un registrador no se puede inmiscuir en el fondo de la decisión del órgano judicial. El artículo 100 del Reglamento Hipotecario concreta el alcance de esa calificación, para todos los documentos judiciales, en la comprobación, únicamente, de los siguientes extremos: *competencia del Juzgado o Tribunal, congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, formalidades extrínsecas del documento presentado y obstáculos que surjan del Registro.*¹ Y por lo que respecta a los procedimientos de ejecución especial sobre bienes hipotecados, como norma complementaria del precepto reglamentario citado y sin perjuicio de la aplicación, en todo caso, del mismo, el artículo 132² de la Ley Hipotecaria define en cuatro los

¹ Con la expresión *obstáculos que surjan del Registro* se nos recuerda que si accede una resolución judicial a los libros del Registro de la Propiedad es porque ha reunido los requisitos previstos por la legislación hipotecaria para la publicidad registral, porque respecto de terceros, no pueden ser de mejor condición las resoluciones judiciales que otros actos o negocios jurídicos.

² El artículo enumera, como extremos a los que se extiende la calificación del registrador en los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria, los siguientes: 1.º *Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.* 2.º *Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o*

aspectos que podrían llegar a considerarse impedimentos para la inscripción de los decretos en que culminan³.

Pero aun siendo limitada su intervención, una muestra de que los registradores ejercen cierto control de legalidad de los decretos de adjudicación que se le presentan a inscripción son las notas de calificación que, firmadas por ellos, se extienden en ocasiones al pie de los documentos presentados, apreciando defectos de diversa consideración, como lo son, por ejemplo:

La falta de expresión de firmeza de la resolución; la falta de presentación del mandamiento de cancelación de cargas o la omisión de que se ordena ésta en la parte dispositiva del decreto; el exceso en las cantidades reclamadas y definitivamente liquidadas, en relación con las responsabilidades inscritas respectivas; no haberse demandado, junto al deudor, al hipotecante no deudor o al adquirente de la finca hipotecada que se hubiera subrogado en la deuda hipotecaria con aceptación de la entidad acreedora; haberse verificado el requerimiento de pago en domicilio distinto del pactado al tiempo de constituirse la hipoteca, salvo que conste haberse efectuado ese requerimiento personalmente; haberlo hecho por edictos directamente⁴; requerir o demandar a la herencia yacente del deudor o con fórmulas similares de las que resulte un llamamiento genérico, con falta absoluta de indagación sobre el particular (791.1 LEC); haberse omitido la solicitud, a efectos del procedimiento, de la correspondiente certificación de cargas o no constar el hecho de su expedición por nota marginal; ser insuficientes los datos identificativos de las personas a cuyo favor ha de practicarse la inscripción; no resultar de forma clara, ni por el contexto, que lo entregado al acreedor en pago de lo reclamado no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (siempre que haya terceros,

inscrita con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación. 3.º Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria. 4.º Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.

³ Con el artículo 132 de la Ley Hipotecaria se está tratando de asegurar la observancia de aquellos trámites que establecen las leyes para garantizar al titular registral la intervención prevista por las mismas para evitar la indefensión, materia crucial para el buen funcionamiento del Registro.

⁴ Los problemas a que da lugar el requerimiento de pago son múltiples, relacionados muchas veces con la forma en que éste se ha consignado en la escritura de hipoteca, siendo conveniente cerciorarse de cómo se inscribió realmente lo pactado en ella y de las advertencias hechas, en su caso, por el registrador en la nota de despacho de la escritura. Y hay que ser especialmente cuidadosos en los casos en los que, de los términos en que se redactó la cláusula, pudieron haber quedado fijados como domicilios diferentes el del deudor y el de un eventual hipotecante no deudor, pues en ambos debe efectuarse el requerimiento.

no si la única carga inscrita es la hipoteca y el deudor es el propietario de la finca); no resultar el estado arrendaticio de la finca adjudicada; falta de referencia clara a la existencia de sobrante y, en su caso, a su consignación a disposición de los acreedores posteriores; en caso de concursados, no constar la declaración, por parte del juez del concurso, de que no se trate de un inmueble necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en caso de hipoteca cambiaria, no constar la inutilización de las letras de cambio u ordenarse la cancelación de la hipoteca por todas las letras emitidas y no sólo por las que concretamente se hubiera iniciado la ejecución etc...

Se trata de defectos que pueden darse también en los casos que ahora nos ocupan, la adjudicación del bien hipotecado al acreedor ejecutante y la cesión de remate, supuestos que participan, como veremos, de la misma limitación que caracteriza a la calificación de los documentos judiciales, y que presentan, no obstante, algunos matices que creo interesante destacar a continuación.

Adjudicación a favor de la entidad ejecutante de la hipoteca por la cantidad que se le deba por todos los conceptos

Cuando la adjudicación que se ha aprobado a favor de la entidad ejecutante de la hipoteca lo ha sido por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, se expresa habitualmente en la parte dispositiva del decreto de adjudicación que se entiende *recibida por el acreedor la cantidad de x euros en pago del principal, costas e intereses objeto de cobertura hipotecaria.*⁵

Como el citado artículo 132 de la Ley Hipotecaria, exige que se haga constar *que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria,* el registrador podría exigir directamente una aclaración que contuviera, concretamente, esas palabras. O bien, llegar por sí mismo a esa conclusión. En concreto, no será necesario precisar que las cantidades reclamadas no han excedido, por cada uno de los conceptos, los importes respectivamente garantizados por la hipoteca si de la lectura de la inscripción de hipoteca, por un lado, y de los antecedentes de hecho del decreto, por otro, resulta claro que las cantidades

⁵ Hay registradores que entienden que se puede, en estos casos, interpretar flexiblemente la necesidad, impuesta por el artículo 132.4º de la Ley Hipotecaria, de que resulte expresamente del testimonio o mandamiento presentados si existió o no sobrante, es decir, si *el valor de lo vendido o adjudicado fue igual, inferior o superior al importe total del crédito del actor.* Basta con comprobar que la cantidad en euros que se dice recibida por el acreedor en la parte dispositiva del decreto coincide con la suma de las distintas cantidades que, en los antecedentes de hecho, se dice que se han reclamado y liquidado, para que el registrador llegue a la conclusión de que no hay sobrante.

que se reclamaban inicialmente y las que resultaron luego de la liquidación practicada por el juzgado no superan, separadamente, las cantidades máximas garantizadas inscritas por principal, intereses remuneratorios, intereses moratorios, costas y, en su caso, por otros gastos extrajudiciales, si se hubieran pactado

El problema se presenta:

En los casos, habituales, en los que en el antecedente de hecho relativo a la reclamación inicial se dice que se reclama una cantidad por principal, una cantidad por intereses, sin especificar de qué clase, y luego otra por costas.

En los casos en los que se engloban los dos últimos conceptos de “intereses y costas” en uno solo, como “intereses y costas presupuestados” y nada más⁶.

En los casos en los que la cantidad que se dice que se reclama por principal excede ya de la que tenemos inscrita como capital garantizado, consecuencia de haberse incorporado en ese concepto reclamado intereses remuneratorios ya impagados.

A veces, esa falta inicial de claridad puede solventarse con la lectura del antecedente de hecho relativo a la liquidación de intereses y costas, si ésta, al concretar las cantidades finales liquidadas, contiene la deseada precisión. Pero faltando esa claridad, el registrador exigirá al juzgado que aclare lo que no ha podido comprobar: que *lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados, distinguiendo entre ordinarios y de demora, y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.*⁷

Adjudicación a favor de la entidad ejecutante de la hipoteca por la cantidad que un porcentaje del valor de tasación.

Pasando ya al examen de la adjudicación al acreedor de la finca objeto de la ejecución por un porcentaje del valor de tasación, podemos empezar recordando que el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya redacción actual debe su origen al Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, llamado, entre otras muchas cosas, “de medidas de apoyo a los

⁶ Parece producirse en estos casos una aplicación de lo previsto para los procedimientos de ejecución ordinaria, cuya regulación, en este punto, no puede identificarse con la que es propia de los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria.

⁷ Para concluir con este requisito, debe recordarse: 1º) Que se trata de un requisito, el de la referencia a la cobertura hipotecaria, que sólo tiene trascendencia cuando hay terceros. En el caso de que no existan terceros conforme al artículo 692.1.párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las cantidades que excedan de lo garantizado e inscrito en la hipoteca se pagará al acreedor, siempre que el titular registral de la finca sea el propio deudor (y no un hipotecante no deudor). 2º) Y que los excesos de lo reclamado por algún concepto -principal, intereses, costas, etc.-, en la medida en que excedan de su respectiva cobertura hipotecaria, no pueden ser satisfechos con cargo al excedente de la cobertura de otro concepto respecto de lo reclamado por el mismo, debiendo constar el depósito del exceso en el establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.

deudores hipotecarios”, establece hoy, en su párrafo primero que *si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación.*⁸

Por su parte, la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducida unos meses después por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, ha retocado la modificación introducida por la ley 8/2011, dejándola circunscrita al inmueble que constituya la vivienda habitual del deudor, de modo que para los demás casos, cabe la adjudicación del inmueble al ejecutante por el 50%, como mínimo, del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, aunque sea inferior.⁹

No hay inconveniente en que se dicte un decreto de adjudicación en el que el importe en euros por el que se adjudica la finca al acreedor no sea el 60% ó 50% previsto legalmente, sino que sea superior. Tanto en su redacción antigua como en la actual, el artículo 671 ha facultado al acreedor para pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al porcentaje en cuestión.

Más problemas plantea el caso contrario, cuando lo que ocurre es que el importe en euros por el que se adjudica la finca al acreedor no es el 60% ó 50% legal del valor de tasación inscrito, sino uno inferior.

No estoy planteando el caso de que, por un mero error material, se haya aplicado un porcentaje menor del previsto legalmente, sino, concretamente el de que esa variación a la baja sea debida a una actuación *consciente*, por parte del juzgado. En concreto: ¿Qué pasa si se ha tomado en consideración la previa existencia de cargas inscritas, por ejemplo, para minorar ese valor de tasación? ¿Puede el juzgado hacerlo? ¿Puede el registrador considerar, cuando así actúe el juzgado, que existe defecto que impida la inscripción?

Empezando por esta última pregunta, parece que la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado impide al registrador entrar a valorar esa práctica. La resolución de 19 de julio de 2007 declaró,

⁸ Según se desprende de la Exposición de Motivos de la ley, se pretende garantizar, con la nueva redacción que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores reciban una contraprestación adecuada por el inmueble que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente.

⁹ De acuerdo con dicha D.A. 6ª: *En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección VI del capítulo IV del título IV del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al cincuenta por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Asimismo, en los términos previstos en la mencionada sección y para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por ciento o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.*

para ese mismo supuesto, que estaríamos ante una materia de *competencia exclusiva del orden jurisdiccional* que no puede revisar el registrador¹⁰.

Así pues, aunque pudiera pensarse que estamos, en la terminología empleada por el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, ante un *obstáculo del Registro* directamente relacionado con uno de los requisitos básicos sobre los que se sustenta la posibilidad de acudir al procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados (el valor *inscrito* de tasación para subasta), o, desde otro punto de vista, ante uno de esos casos en los que el registrador, en cierto modo, podría apreciar *incongruencia del mandato con el procedimiento en que se ha dictado*, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha entendido que no cabe apreciar como defecto esa alteración por el juzgado.

En la citada resolución, en principio, se parte de reconocer los riesgos derivados del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que debe contraponerse a la limitación de la cognición procesal que le caracteriza, la escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos; se pone, a su vez, el acento en el posible perjuicio económico -para el acreedor, para el deudor hipotecario y para el propietario no deudor- a que conduciría una incorrecta indicación del tipo de subasta; pero se termina considerando que *esa consustancial indefensión no puede afirmarse sin examinar las circunstancias de cada caso*¹¹.

Sin profundizar en el estado de la jurisprudencia sobre el particular más allá de esta resolución, lo cierto es que, con o sin el filtro ulterior que supone la calificación por parte del registrador de la propiedad, deben los

¹⁰ En dicha resolución declaraba el Centro Directivo: *...con independencia de la opinión que pueda tenerse sobre la cuestión de fondo, procederán, en su caso, los recursos que las leyes determinen. Y aunque se admitiera la posibilidad de que pudiera, a través del procedimiento correspondiente, decretarse eventualmente la nulidad de las actuaciones realizadas en sede judicial por no ajustarse a derecho la decisión en su día adoptada respecto del tipo de salida de la subasta, lo cierto es que mientras que tal hecho no se produzca, y al tratarse de un acto jurisdiccional de aplicación de la ley, habrá que estar al mismo, sin que entre las funciones de la calificación registral, ni tampoco en las revisoras de este Centro Directivo, esté la de ser...una «suerte de instancia revisora de la actividad procesal», algo que es de competencia exclusiva del orden jurisdiccional y para lo que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en el caso examinado en este recurso, no proporciona amparo ni cobertura alguna.*

¹¹ Citando una sentencia de 24 de mayo de 2007, dictada para un caso anterior a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declara que el Tribunal Supremo *ha proclamado, como principio general, el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que su extraordinaria limitación de la cognición procesal tiene como contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos...así como que la correcta indicación del tipo de la subasta aparece como requisito de ineludible cumplimiento, en evitación del perjuicio económico tanto del acreedor, como del deudor hipotecario y del propietario no deudor, de ahí que deba predicarse la existencia de indefensión ínsita en el incumplimiento de las exigencias legales.* Y siguiendo en el análisis de la doctrina del Tribunal Supremo añade: *también ha declarado que, fuera del perjuicio para el acreedor, para el deudor o para el tercer poseedor, esa consustancial indefensión no puede afirmarse sin examinar las circunstancias de cada caso, aunque -cabría ahora añadir- todo ello habrá de enjuiciarse, en su caso, a la vista de la nueva regulación procesal y sobre la base de la aplicabilidad, o no, de los artículos 657 y 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a supuestos como el que ahora nos ocupa; cuestiones, todas ellas, que únicamente pueden dilucidarse en sede judicial.*

secretarios judiciales ser cuidadosos a la hora de decidir si son aplicables los artículos 657 y 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al procedimiento especial de ejecución sobre bienes hipotecados¹². Deberán inclinarse bien por entender que, en tal procedimiento, el valor en que los interesados tasan los bienes hipotecados en la escritura de constitución de hipoteca, debidamente inscrito, ha de servir de tipo para la subasta, sin posible modificación; o bien por admitir que ese valor inscrito sea únicamente un punto de partida para proceder a otra valoración en el momento inmediatamente anterior a la subasta, como en cualquier otro tipo de procedimiento ejecutivo, pudiendo rebajarlo en el importe de las cargas que consten en el Registro con anterioridad a la hipoteca, por su total responsabilidad inscrita o por la que resulte como consecuencia de haberse acreditado el importe actualizado de lo debido por cada una de ellas¹³.

Desde la perspectiva del derecho inmobiliario registral me gustaría puntualizar lo siguiente:

1º) Que el artículo 691.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil remita, por lo que se refiere a la subasta de bienes hipotecados, a las normas de la misma ley dictadas para la subasta de bienes inmuebles, no parece que sea razón suficiente para interpretar que deban aplicarse los artículos 657 y 666 con preferencia al artículo 682.2.1, que ordena, para que pueda utilizarse el procedimiento especial de bienes hipotecados, que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca hipotecada, para que sirva de tipo en la subasta.

2º) Admitir la alteración del valor de tasación inscrito significaría modificar una de las bases del procedimiento especial sobre bienes hipotecados, de modo que la ejecución, en contra de lo exigido por la Ley Hipotecaria¹⁴, no se realizaría ya sobre la base del contenido de la

¹² Artículo 666. *Valoración de inmuebles para su subasta.*

1. Los bienes inmuebles saldrán a subasta por el valor que resulte de deducir de su avalúo, realizado de acuerdo con lo previsto en los artículos 637 y siguientes de esta Ley, el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas. Esta operación se realizará por el Secretario Judicial descontando del valor por el que haya sido tasado el inmueble el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 657. 2. Si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el Secretario judicial dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien.

¹³ Algunos bancos parecen compartir la idea de que es improcedente alterar el valor de la subasta en los ejecutivos hipotecarios, previendo sólo para los ejecutivos ordinarios esa posibilidad. Así un banco está introduciendo ahora la siguiente cláusula, con referencia sólo a la ejecución ordinaria, pero no a la hipotecaria: *En caso de optar por la ejecución ordinaria de la hipoteca, las partes convienen expresamente que el valor a efectos de subasta de la finca no será el determinado en el apartado 1 anterior sino el tasado a tal efecto por perito designado conforme a lo establecido en los artículos 637 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

¹⁴ El artículo 130. *El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.*

inscripción de hipoteca sino con desconocimiento de una parte esencial de ese contenido.

3º) No es sólo una cuestión formal: no se trata ya de que se perjudique al deudor hipotecario -que al menos es parte-, es que la minoración del valor de tasación perjudicará al titular registral, en caso de ser otro el deudor hipotecario, así como a los titulares de asientos practicados con posterioridad. Para ambos la publicidad registral de la hipoteca lo es, en concreto, también de ese valor de tasación pactado y su disminución afectará, de forma directa, a sus expectativas respecto del sobrante que pudiera resultar y que les será entregado, precisamente a ellos, pero en menos, tanto menos cuanto menor sea el importe por el que se apruebe la adjudicación.

4º) Si aplicásemos las normas generales del derecho hipotecario sobre la rectificación de los asientos registrales, modificar la cláusula de la hipoteca en la que se contiene el valor de tasación para subasta sólo podría hacerse a través del otorgamiento de otra escritura pública -en la que presten su consentimiento los mismos otorgantes- o mediante resolución judicial -recaída en procedimiento declarativo dirigido contra el titular registral, para tal fin-. Parece peligroso considerar asimilable a ese consentimiento en escritura pública o a esa resolución recaída en procedimiento declarativo el hecho de que todos los trámites respectivos simplemente hayan sido notificados en el procedimiento al deudor hipotecario, al hipotecante no deudor o a los titulares de cargas posteriores. Especialmente peligrosa sería esa asimilación en cualquier caso, pero sobre todo en el supuesto, tan habitual, en el de que el deudor no esté personado en el procedimiento ni haya podido notificársele personalmente la existencia de la ejecución, al no encontrarse en el domicilio señalado a efectos de notificaciones en la inscripción: significaría dar a su silencio un efecto jurídico exorbitado, en su perjuicio, y en contra de lo declarado expresa y destacadamente por él en la escritura pública que otorgara junto con el acreedor.

A ese momento, el del otorgamiento de la escritura pública de hipoteca, es al que debemos retrotraernos.¹⁵ Cuando se fija en ella un valor

¹⁵ Sobre la posibilidad de que se prevea, en la cláusula de tasación para subasta, de la hipoteca, posibles fluctuaciones, una RDGRN, la de 24 de julio de 2008 (anulada luego por Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011) admitió la cláusula por la que se preveía que *si en el futuro (en un momento que se determinará por la Entidad acreedora) hubiera subido sustancialmente el valor de mercado de la finca, el prestatario está obligado, a petición de aquélla, a modificar el valor de tasación, para adaptarlo al valor actualizado y de no hacerlo en cinco días, la entidad acreedora se considera apoderada irrevocablemente para hacerlo aunque incurra en autocontratación*. Aun cuando se admitiera la conclusión a que llegaba la DGRN, creo que los argumentos que se emplean en dicha resolución deben leerse teniendo presente, por un lado, como dice la propia resolución, *las especiales características del préstamo enjuiciado (una hipoteca cercana a la hipoteca inversa)*, y, por otro lado, que la cláusula sólo se refería a la posibilidad de fluctuaciones al alza del valor de la finca, situación para la que, dice la DG, *esta conveniencia juega no sólo en beneficio del acreedor, que de esa manera puede tener más posibilidades de ser reintegrado por esa vía de ejecución, de la totalidad de su crédito, sino*

de tasación para subasta, no existen limitaciones a la libertad de las partes para que ese valor sea inscrito. Es habitual que se inscriban, por ejemplo, hipotecas en las que la tasación se haga coincidir simplemente con el principal del préstamo, cualquiera que sea la cifra de éste.¹⁶

Con esa libertad¹⁷, nada impide al acreedor “negociar”, al otorgarse la escritura de hipoteca, un valor de tasación para subasta que tenga en cuenta las cargas o gravámenes previamente inscritos, dando a la finca una cuantía que puede quedar muy por debajo del valor real o de mercado. Reconocerle a una entidad financiera esa libertad, al firmarse la escritura, con la situación de preeminencia que caracteriza su posición contractual en ese momento, y dársela nuevamente en la ejecución, cuando goza de la misma o mayor preeminencia, si cabe, la que es propia de los procedimientos que carecen de fase de cognición, podría resultar excesivo.

también en beneficio del dueño de la finca hipotecada, pues cuanto más alto sea el valor de adjudicación, mayores posibilidades habrá de que exista sobrante, una vez satisfecha la deuda. Añade luego la citada resolución que no debe rechazarse la cláusula con el argumento de que con ello se estaría dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 CC), por cuanto además de poder intervenir el deudor en la determinación del nuevo valor y de no rechazarse en ningún caso el que pueda solicitarlo él mismo, la posibilidad de reacción unilateral de la entidad acreedora ante eventuales oscilaciones en el valor de subasta de la finca hipotecada (cfr. art. 5 párrafo tercero de la Ley 2/1981 de 21 de marzo de regulación del Mercado Hipotecario y artículo 29.1 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 685/1982 de 17 de marzo).

¹⁶ Se entiende que no existe inconveniente para la inscripción de la hipoteca en esos casos, ni del pacto relativo al procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados, por las siguientes razones: Porque el artículo 682.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece requisito objetivo alguno para su fijación, pueden efectuarla libremente los interesados. Porque las limitaciones impuestas por la normativa reguladora del Mercado Hipotecario, consistentes en la obtención de una tasación por una entidad homologada de modo que la pactada e inscrita no deba ser inferior a la que resulte de dicha tasación oficial, sólo es exigible para que *el crédito pueda ser movilizado mediante la emisión de títulos.*

¹⁷ ¿Qué pasaría si en la propia cláusula de tasación para subasta se pactara precisamente la posibilidad de alterar, por razón del estado de las cargas preferentes, el valor pactado?. En el Boletín del Colegio Nacional de Registradores, número 174, en el apartado NOTAS PRACTICAS, correspondiente al seminario del decanato de Madrid del Colegio de Registradores, dirigido por ANGEL VALERO FERNANDEZ-REYES, se planteaba qué tratamiento recibiría por el registrador que en la escritura de hipoteca se señalara *como precio de tasación a efectos de subasta, el fijado por la sociedad de tasación minorado en los saldos pendientes de las hipotecas y embargos vigentes en el momento de la ejecución, que hoy sería..... euros.* Se consideró que se debe suspender porque no se ajusta a derecho. Como fundamentos de derecho se señalan los siguientes: los artículos 682.2 L.E.C., 234 del R.H., 7 de la Ley 2/1981 y 28.2 del R.D. 685/1982, que respectivamente exigen una tasación determinada y fija (no dependiente de factores externos) a efectos de subasta para que se puedan utilizar los procedimiento de ejecución directa hipotecaria o extrajudicial, añadiéndose, entre otras cosas, que la minoración de los saldos pendientes de las hipotecas y embargos vigentes en el momento de la ejecución, es una tarea que corresponde a los rematantes a la hora de fijar sus pujas, con base en la información de esos saldos que debe pedir el Secretario judicial, pero que no debe influir en la determinación del precio de tasación.

Realmente, el interés de bancos y cajas en modificar a la baja los valores de tasación inscritos, no sólo por razón de las vicisitudes relacionadas con las cargas previas de la finca, sino también incluso con la simple evolución del mercado inmobiliario debería buscar salida en otras normas. En concreto, el artículo 5 párrafo 3º de la Ley 2/1981 de 21 de marzo de regulación del Mercado Hipotecario y el artículo 29.1 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 685/1982 de 17 de marzo, los cuales, pensando abiertamente en la protección, más que legítima, de su posición contractual, en especial en estas circunstancias, permiten a la entidad acreedora, durante la vida del préstamo hipotecario, reaccionar unilateralmente ante eventuales oscilaciones en el valor de subasta de la finca hipotecada, de modo que si, por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia, el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20%, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza.

En fin, seguramente hay razones también para defender que sean aplicables a la ejecución hipotecaria los artículos 657 y 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, entre mis compañeros, lo sostiene alguno de especial significación. Pero, entre o no el registrador a calificar esta cuestión, no cabrá, repito, como se dice en la citada resolución de la Dirección General de 2007, apreciar una *consustancial indefensión sin examinar las circunstancias de cada caso*. Y, desde luego, la del secretario judicial es la mejor perspectiva para sopesar las consecuencias, en la esfera de los derechos, de la aplicación de esas normas, y una inmejorable oportunidad para dar a su función una altura que no puede considerarse extraña a aquellos profesionales, dada su preparación.

La cesión de remate.

Pasando ya al examen de la cesión de remate¹⁸, de su regulación, empezaremos recordando que el artículo 647.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que *sólo el ejecutante podrá hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero; la cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del precio del remate, que deberá hacerse constar documentalmente. La misma facultad tendrá el ejecutante en los*

¹⁸ La expresión la empleo simplificando quizá en exceso, pues es cesión de remate o de adjudicación, como se desprende del artículo 655 LEC.

*casos en que se solicite la adjudicación de los bienes embargados con arreglo a lo previsto en esta Ley.*¹⁹

Este apartado debe su redacción actual a la Ley 13/2009 de 13 de noviembre, en virtud de la cual se ha introducido la necesidad de que se haga constar documentalmente el pago del precio de remate. Aunque de su lectura pudiera llegar a inferirse que lo que ha de hacerse constar documentalmente sea el pago sólo del *precio del remate*, esto es, del precio que el ejecutante ofrece en subasta o por el que solicita la adjudicación, no parece que sea este el sentido concreto de la norma sino más bien otro: el de que el tercero a quien el ejecutante ceda el remate es el que debe acreditar ante el secretario judicial cuál es la cantidad total pagada por él al ejecutante²⁰.

Así, puede ocurrir que falte toda justificación documental del pago. Parece que, en este caso, el secretario debería considerar como no efectuada la cesión de remate, procediendo a dictar el decreto de adjudicación a favor, no del cesionario, sino del ejecutante.²¹ Incluso parece insuficiente una mera *identificación* de los medios de pago, por ejemplo, una simple manifestación del cedente o cesionario de que se ha satisfecho una determinada cantidad en metálico. Parece conveniente que se exhiba, además, el correspondiente recibo extendido por el ejecutante en el que conste la cantidad total percibida como consecuencia de la cesión de remate, con los distintos conceptos, si los hubiera (precio de adjudicación, sobrepago por la cesión, o impuestos, por ejemplo) o bien los contratos de

¹⁹ El artículo 655 de la LEC, bajo la rúbrica “Ámbito de aplicación de esta sección y aplicación supletoria de las disposiciones de la sección anterior”, establece: *1. Las normas de esta sección se aplicarán a las subastas de bienes inmuebles y a las de bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos. 2. En las subastas a que se refiere el apartado anterior serán aplicables las normas de la subasta de bienes muebles, salvo las especialidades que se establecen en los artículos siguientes.*

²⁰ Si partimos de la base de que sólo el ejecutante puede ser cedente del remate, nos encontramos con que: 1º) Si el ejecutante, en subasta o para adjudicación, ofrece un precio inferior al principal, intereses o costas reclamados, no tiene que efectuar ni acreditar el pago del precio del remate, puesto que se realiza a cuenta de su crédito, de modo que en el decreto simplemente se descontará del crédito reclamado el precio ofrecido. 2º) Y si el ejecutante, en subasta o para adjudicación, ofrece un precio superior al crédito reclamado por principal, intereses y costas, tampoco tiene que acreditar documentalmente dicho pago ya que siempre lo realizará mediante ingreso en la cuenta de consignaciones del propio juzgado. Tan es así que incluso se habrá requerido al ejecutante previamente para que realice dicho ingreso a fin de adjudicar el bien a su favor o de la persona que se designe como cesionario (artículos 650.2 y 670.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

²¹ Según esta idea, el fedatario judicial se situaría en una posición distinta a la que pueden adoptar los notarios en las escrituras públicas que autorizan. En éstas, la falta de identificación de los medios de pago constituye un defecto subsanable que impedirá la inscripción en el registro de la propiedad pero no impide la autorización del instrumento con una advertencia expresa por parte del notario y sin perjuicio de las comunicaciones que procedan en materia de control de medios de pago; en la cesiones de remate, por el contrario, el artículo 647.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece exigir claramente esa acreditación documental como condición previa a la aprobación de la cesión de remate.

cesión de remate a fin de comprobar que el pago que se acredita se corresponde exactamente con lo establecido en ellos.²²

¿Por qué esta interpretación del artículo 647.3 de la ley procesal? ¿A qué puede obedecer que el secretario judicial no sólo pueda sino que deba denegar el decreto de adjudicación a favor del cesionario de remate si no se acredita, y además documentalmente, el pago efectuado al cedente por el cesionario? La razón parece sencilla, al menos en los casos en que se pagó más por la cesión de remate: la falta de control de lo verdaderamente pagado puede perjudicar directamente al interés del deudor y de los titulares de derechos distintos a él, afectados por la ejecución (como un hipotecante no deudor y los titulares registrales de asientos posteriores a la hipoteca). Para ellos, lo que deberá aplicarse al pago de la deuda hipotecaria, del importe reclamado en la ejecución, ha de ser *todo* lo que pague el cesionario al cedente-ejecutante. De este modo, como el cesionario ha pagado más de lo ofrecido por el ejecutante, parece que debería hacerse constar en el decreto de adjudicación, junto al precio de adjudicación, esa otra cantidad que ha percibido la entidad acreedora, un sobreprecio que deberá descontarse, también, del total adeudado por el demandado.²³

Es posible, por otra parte, que el cesionario haya pagado menos de lo ofrecido por el ejecutante. En el decreto se mantendrá que el precio de adjudicación es el ofrecido inicialmente por el ejecutante, que se descontará de la cantidad reclamada; y a continuación se declarará que el adjudicatario ha satisfecho al ejecutante por la cesión una cantidad menor, identificándola. Ese pago también tendrá que acreditarse documentalmente.

Y es posible, por último, que el cesionario no haya pagado nada por la cesión de remate al ejecutante. Lo que será exigible en este caso es esa manifestación ante el secretario, y, deseable, su constancia en el decreto. En este caso, se mantendrá que el precio de adjudicación es el ofrecido inicialmente por el ejecutante y se descontará entero de la cantidad reclamada.

Por lo que respecta a la calificación de todo esto por el registrador de la propiedad, en los decretos de adjudicación, al menos en los que yo suelo calificar, las cesiones de remate en la ejecución hipotecaria no suelen pasar de una referencia, más bien somera, a que el ejecutante ha cedido el remate

²² De nuevo se advierte cómo el nivel de control exigido al secretario judicial por la norma es superior al que resulta propio del notario respecto de las escrituras que autoriza: no bastará, como en estas, con indicar cómo se ha pagado el precio, sino que parece que será preciso que se exhiba el documento original de pago, cuyo testimonio o referencia suficiente se podría incluso llegar a incorporar al decreto de adjudicación (cheque, pagaré, extracto bancario donde conste la transferencia, etc.).

²³ Una adecuada diferenciación, en el decreto, de cada concepto de lo pagado, podría tener su importancia, como veremos, desde el punto de vista fiscal, pues puede ser distinto el tratamiento que recibe el sobreprecio respecto del precio de adjudicación.

y, como mucho, a que se ha hecho constar documentalmente la cantidad pagada. La falta de expresividad del decreto de adjudicación, en cuanto a la cesión de remate, me permite presumir que por esa cesión el cesionario pagó lo mismo que lo ofrecido por el ejecutante y nada hay que calificar.

Creo que el secretario judicial no debería conformarse con un modelo genérico del que no resulten las peculiaridades de cada cesión, especialmente en los casos en los que el cesionario haya pagado menos o más que lo ofrecido por el ejecutante. Desde el punto de vista fiscal, podría llegar a ser recomendable una mayor precisión en algunos casos.

Otra cosa será anticipar cómo calificará el registrador las vicisitudes de cada caso, dadas las limitaciones en la calificación de los documentos judiciales que resultan del artículo 100 del Reglamento Hipotecario. No parece que pueda llegar a enjuiciar la procedencia o no de la aprobación de la adjudicación al cesionario pues la apreciación de su legalidad corresponde sólo al secretario. Como mucho, entiendo que sí podría llegar a considerar que es defectuoso el decreto si en la parte dispositiva del mismo se dice que *se entiende recibida por el acreedor la cantidad de x euros en pago del principal, costas e intereses objeto de cobertura hipotecaria* y esa cantidad no se corresponde bien con el total del precio de adjudicación ofrecido por el ejecutante, en caso de que el cesionario hubiera pagado menos o nada por la cesión de remate; o bien con el total del precio de adjudicación más el sobreprecio pagado, en caso de que el cesionario hubiera pagado más por la cesión de remate.

Ahora bien, en caso de discordancia entre ambas cantidades no parece que pueda alegarse nada más que la falta de congruencia de esa parte del texto del decreto con los antecedentes del mismo. Una vez más, la invocación de otros fundamentos, entrando a valorar el perjuicio causado al deudor hipotecario y al hipotecante no deudor o titulares registrales de asientos posteriores a la hipoteca, si los hubiera, aunque sería de justicia, parece que no entraría en la actual línea de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. De ahí la necesidad de recordar al secretario judicial su gran protagonismo, por trascendental y exclusivo, en la fiscalización de los trámites de la cesión de remate.²⁴

²⁴ Se plantean otras cuestiones sobre el alcance de la intervención del secretario judicial en la cesión de remate. Por ejemplo, cuando comparece a los efectos de aceptarla, en nombre del cesionario, la misma persona que representa al ejecutante-cedente. El control sobre estos casos de doble representación debe ser riguroso por parte del fedatario judicial. Parece que sería aconsejable exigirle un alcance análogo al que se ejerce por parte de los notarios al autorizar las escrituras públicas, de modo que se compruebe en esos casos no sólo la autenticidad del documento representativo invocado, el hecho de su inscripción, en su caso, en el Registro Mercantil y la circunstancia de estar comprendida, entre las facultades conferidas, la que se ejercite, sino además, la salvedad de la autocontratación o exigencia de ratificación, en el caso de poderes, o el consentimiento adicional o autorización del órgano social que haya de darlo, en el caso de los entes societarios.

CESIÓN DE REMATE A FAVOR DE LOS FONDOS DE TITULIZACIÓN HIPOTECARIA.

Los fondos de titulización hipotecaria son agrupaciones de participaciones hipotecarias. La participación hipotecaria es un título representativo de una parte de un crédito hipotecario que acredita la *participación* de su titular en un determinado porcentaje de dicho crédito.²⁵ Al constituir, aquellos fondos, patrimonios separados y cerrados sin personalidad jurídica, que son administrados y representados por una sociedad gestora, la duda que se suscita, frente al Registro de la Propiedad, es la de si es posible la inscripción de un decreto de adjudicación del que resulte, simplemente, la aprobación de una cesión de remate a favor de un fondo de titulización hipotecaria sin más, sin que de la documentación presentada se tenga más información al respecto que sus datos identificativos generales.

En mi opinión, la respuesta debe ser que no. Oponerse a ello no será consecuencia de una extralimitación en los estrechos márgenes en los que, como hemos visto, debe moverse, al calificar las cesiones de remate, el registrador. Será una consecuencia normal de la exigencia propia de las normas generales del derecho hipotecario con arreglo a las cuales no cabe inscribir bienes inmuebles ni derechos reales inmobiliarios a favor de entes que no tengan personalidad jurídica, sin que exista una norma, de carácter legal, que lo autorice; y en el caso de que, como ocurre con estos fondos, esa norma exista, sin que se haga de la misma una estricta interpretación²⁶.

La norma que ha admitido, excepcionalmente, que puedan llegar a inscribirse fincas y derechos a favor de fondos de titulización, y no sólo hipotecaria, a pesar de tratarse de entes sin personalidad jurídica, es el nuevo párrafo del apartado 2 de la Disposición Adicional 5ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, redactado por el Decreto 6/2010, de 9 de abril²⁷. De

²⁵ La regulación de los fondos de esta naturaleza está contenida en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, y el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización. Para CHICO ORTIZ, las participaciones hipotecarias constituyen una especie de cesión de parte del crédito hipotecario. Aunque, como apunta GARCÍA GARCÍA, al establecerse legalmente que es el emisor el que conserva la titularidad del crédito hipotecario, más que "jurídica" es una cesión "económica".

²⁶ La regla general en nuestro derecho inmobiliario registral es la de que sólo los entes con personalidad jurídica pueden ser considerados titulares registrales, a través de la inscripción que se practique a su favor. Así se desprende claramente de los artículos 9.4 de la Ley Hipotecaria y 11 del Reglamento Hipotecario. Como puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo que anuló el segundo párrafo del artículo 11, redactado por el R.D. 1867/1998 de 4 de septiembre, las excepciones a la expresada regla general exigen un reconocimiento expreso por norma de rango legal.

²⁷ En concreto, establece: *Los Fondos de Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos podrán ser titulares de cualesquiera otras cantidades, inmuebles, bienes, valores o derechos que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca, activos financieros u otros derechos de crédito que se hubieren agrupado en su*

su lectura no resulta que pueda extenderse la susceptibilidad de inscripción de bienes inmuebles en el registro a favor del fondo de titulización a todo título adquisitivo sino sólo a aquellos *que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca, activos financieros u otros derechos de crédito que se hubieren agrupado en su activo.*²⁸ Es decir, con la cesión de remate a favor del fondo de titulización hipotecaria, el banco o entidad ejecutante le cede la finca porque esa finca concreta, que es objeto del procedimiento de ejecución, y que se le ha adjudicado en pago de su crédito, aparece hipotecada en garantía de un crédito que forma parte de la relación de créditos que la entidad ejecutante aportó al fondo cesionario. Esa aportación es la que habrá de acreditarse mediante la aportación de la escritura de constitución del fondo cesionario o mediante la presentación de la participación hipotecaria o certificado de transmisión correspondiente.

Precisamente para anticiparse al registrador y su nota de calificación, puede y debería el secretario judicial exigir, a los efectos de aprobar la cesión de remate, la escritura de constitución del fondo y averiguar si el crédito hipotecario que se está ejecutando fue aportado por la entidad cedente a dicho fondo. Y si esto fuera así, debería hacer constar en el decreto de adjudicación:

1º) Los datos de esa escritura de constitución del fondo²⁹, así como la alusión a que ésta se ha aportado al juzgado.

2º) Tomados de dicha escritura, los particulares de la aportación del crédito al fondo o, al menos, la referencia al documento de transmisión en

activo, por resolución de cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito; en particular y sin ánimo limitativo, por producto del remate de procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias o no hipotecarias, por la enajenación o explotación de los inmuebles o bienes o valores adjudicados o dados en pago o, como consecuencia de las citadas ejecuciones, en administración y posesión interina de los inmuebles, bienes o valores en proceso de ejecución. La inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización en el Registro de la Propiedad y de cualesquiera otros bienes en los registros que correspondan, se podrá efectuar a nombre de los mismos.

²⁸ La norma, interpretada flexiblemente, creo que autorizaría indirectamente la inscripción de aquellas escrituras de dación en pago que se otorgan por los deudores hipotecarios de fincas a favor del fondo, lo que abarcaría *cualquiera* bienes inmuebles, aunque sobre los mismos no existiese hipoteca alguna o la que exista no estuviese incorporada al fondo. En este caso, por un lado, el cedente será el propio deudor de un préstamo incorporado al fondo; y, por otro, siempre habrá un certificado de transmisión de hipoteca, aunque cabe la posibilidad de que dicha hipoteca pueda no ser concretamente la de la finca que se transmite, sino otra.

²⁹ Entre las circunstancias identificativas del fondo (artículo 51.9 RH), parece que también sería exigible la constatación, como un dato identificativo más del mismo, del número de inscripción en el registro especial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, más importante, en este caso, que la inscripción en el Registro Mercantil, que puede o no darse.

el que se identifique el crédito objeto del procedimiento y la finca sobre la que recae.

3º) Puede que fuera aconsejable reflejar también, además de los datos identificativos del fondo de titulización hipotecaria, los de la entidad gestora del mismo, especialmente en los casos en los que el fondo es de los que no ha sido inscrito en el Registro Mercantil, pues la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad facilitará el conocimiento de a quien corresponden las facultades de administración y representación de un titular registral que carece de personalidad jurídica.³⁰

Aunque quede fuera del cometido del registrador de la propiedad, otra cuestión que se planteará para el secretario judicial será la de cómo se justificará documentalmente, en forma adecuada, a los efectos del artículo 647.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago por parte del fondo cesionario del precio de remate a la entidad ejecutante. La particularidad en estos casos es que, como regla general, no habrá pago. Como cuando se constituyó el fondo, éste adquirió, generalmente, el 100% del préstamo hipotecario en cuestión, junto con otros más de los muchos que se cedieron por el banco o caja al fondo, y pagó por ello un precio global, para acreditar el pago del precio de la cesión de remate, bastará la remisión a la escritura de constitución del fondo y a la normativa aplicable de los que resultará que, al haberse adquirido por dicha escritura, el 100% del préstamo, corresponde al fondo el 100% del producto del remate del préstamo en cuestión.³¹

Parece conveniente, también a estos efectos, que se pida y compruebe el contenido de la escritura de constitución de cada fondo, cuando la reclame el secretario judicial para decidir si aprueba la cesión de remate.

FUSIÓN O SUCESIÓN UNIVERSAL DE LA ENTIDAD ACREEDORA.

Cuando en un procedimiento de ejecución se produce una modificación estructural de la entidad acreedora de la que resulta que el crédito ejecutado ha pasado a pertenecer a la entidad resultante de dicha

³⁰ No obstante, otra posibilidad para dar información sobre a qué sociedad gestora están atribuidas las facultades de representación del fondo sería la de reflejar, en el decreto –y luego en la inscripción-, el número identificativo del fondo en la Comisión Nacional de Mercado de Valores. A través de dicho número se podrá obtener, por vía telemática, información actualizada de la entidad que aparece inscrita, en la Comisión, como sociedad gestora del fondo.

³¹ En ocasiones, lo que se aporta es un certificado, generalmente firmado por los representantes de ambas entidades -titular registral del crédito hipotecario y fondo cesionario del remate- en el que no se hace referencia a forma de pago alguna sino una simple remisión a la escritura de constitución del fondo y a la normativa aplicable de la que resulta que, al haberse adquirido por aquella escritura, el 100% del préstamo, corresponde al fondo el 100% del producto del remate del préstamo en cuestión.

modificación estructural, solicitándose la adjudicación al secretario judicial ya a favor de esta entidad, parece que deberá el fedatario judicial reparar en lo siguiente³²:

1º) Como no puede ser de otro modo, debe exigirse que la documentación presentada para acreditar el traspaso en bloque o sucesión universal de que se trate sea fehaciente. Si se presentan escrituras de fusión por absorción o de segregación de la totalidad del negocio bancario, éstas deben ser aportadas mediante copias autorizadas.

2º) Por tratarse de actos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil, habrá de acreditarse que dichas escrituras han quedado debidamente inscritas en dicho registro. Como ha puesto de manifiesto una RDGRN de 20 de septiembre de 2011³³, la fecha esencial que habrá de tomarse en consideración, porque determinará la eficacia de la fusión, será la de la inscripción de la concreta operación estructural en el Registro Mercantil competente. A nada deberá acceder, si lo que se le pide se lo solicitan antes de que la escritura de segregación del negocio bancario o de fusión todavía se hallara pendiente de inscripción en el Registro Mercantil.

3º) Habrá de examinarse el contenido de la escritura de que se trate y llegar a la convicción de que el crédito, en concreto, que es objeto de ejecución esté comprendido en el conjunto de relaciones jurídicas que se transmiten en bloque de una entidad a otra.

Esa comprobación será sencilla si el traspaso en bloque comprende *la totalidad del negocio bancario y financiero* de la entidad, lo que no requiere una mayor indagación.³⁴ Pero se complica si las entidades involucradas en la modificación estructural de que se trate, bien las entidades originarias, bien alguna entidad “puente” que se haya podido crear en ese proceso, retienen determinados activos, que se quedan sin traspasar en su patrimonio. En esos casos, la lectura de la escritura aportada debe ser especialmente cuidadosa para evitar atribuir a la entidad final derechos que no forman parte de su patrimonio, por estar comprendidos en el remanente que retiene la entidad originaria o la intermedia. Habrá que ir, en ocasiones, a los listados de operaciones bancarias testimoniados al final de las escrituras de fusión o segregación de negocio, y tratar de identificar el derecho en cuestión, con las dificultades que ello implica, dada la falta

³² Se trata de un modo de actuar muy similar a la forma en que lo hace el registrador cuando procede a inscribir por primera vez la sucesión en la titularidad registral, con ocasión de inscribir alguna otra escritura otorgada ya por la nueva titular.

³³ Citando el artículo 46 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles,

³⁴ En el caso de las cajas de ahorro que ahora llegan a los registros (los SIP o Sistemas Institucionales de Protección), en general, éstas se están desprendiendo de la totalidad del negocio bancario y tan sólo retienen, en la antigua entidad -que, por cierto, no se extingue- todo lo relativo a la obra social. Bastará, en estos casos, con leer detenidamente en la escritura que se aporte, la fórmula que se emplee sobre el alcance de la fusión o traspaso y comprobar, además, que el crédito que se ejecuta no entra en el ámbito de la obra social de la entidad para acceder a lo solicitado.

de datos registrales de las fincas o créditos comprendidos en esa enumeración, en algunos casos³⁵.

Como imagino ocurrirá también en las notarías, tanto en los juzgados como en los registros, si se es riguroso en la primera ocasión en que se examine una determinada fusión o segregación de negocio bancario, podemos estar facilitando enormemente la tramitación, en el futuro, de otros derechos comprendidos en la misma escritura presentada. De este modo, en las sucesivas actuaciones en que se plantee la misma sucesión, podría bastar al secretario o al registrador con remitirse a la misma documentación que se hubiera presentado, convenientemente archivada, a cuyo examen habrá que volver en cada caso.

Por lo demás, puede llamar la atención la insistencia de las entidades en tratar de constatar como adjudicataria a la nueva entidad y creo que no

³⁵ Por ejemplo, en el caso de BANKIA S.A., la dificultad deriva del hecho de que no se trata de una sucesión única a favor de una sola entidad sino de dos sucesiones (una previa, del negocio bancario, de las Cajas integradas en el SIP a favor del Banco Financiero y de Ahorros S.A.; y otra, de sólo una parte de ese negocio bancario, del Banco Financiero y de Ahorros S.A. a favor de BANKIA). Si se examina el contenido de la escritura de segregación de BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A. a BANKIA, existe una larga lista de operaciones que han quedado excluidas de la segregación, es decir, que han quedado en manos del Banco Financiero y de Ahorros S.A. Así, a la vista de la citada escritura, debemos distinguir entre:

1º) El llamado “perímetro de segregación”, que se identifica con “los activos y pasivos que se segregan”, definidos como “la totalidad del negocio bancario y financiero del Banco, excepción hecha de los Activos y Pasivos Remanentes en Banco Financiero y de Ahorros”. Para saber qué bienes o derechos, en concreto, se han segregado, más allá de la definición del perímetro de segregación apenas existe nada en la escritura de segregación, sólo un folio, testimoniado al final de la misma (el documento número 9-a) en el que se relacionan determinadas categorías o partidas generales del activo y del pasivo, sin mayor especificación.

2º) Los “Activos y Pasivos Remanentes en Banco Financiero y de Ahorros”, respecto de los que sí que existe mayor concreción. Por un lado, porque se declara en la escritura que quedarán en dicho banco *en el lado de los activos, el suelo adjudicado, la financiación de suelos en situación dudosa y subestándar, algunas participaciones societarias, la caja necesaria para hacer frente a sus obligaciones de pago y la participación accionarial que mantendrá en BANKIA*. Y, por otro, porque, se testimonia al final de la escritura de segregación el Documento 9-b, de “inventario de elementos patrimoniales que forman parte de los Activos y Pasivos Remanentes en Banco Financiero y de Ahorros”.

Pues bien, frente a los casos “sencillos” de sucesión universal entre entidades, en los que no existen excepciones al traspaso en bloque de la totalidad de las relaciones jurídicas, o de una determinada categoría de ellas, en el caso de BANKIA parece que eso sólo sería predicable de las primeras escrituras por las que las cajas involucradas en el SIP aportaron sus negocios al BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A. Sin embargo, en relación con la segregación de parte del negocio de este banco a favor de BANKIA, debería la calificación registral ser especialmente cuidadosa para evitar que BANKIA pudiera estar operando sobre inmuebles o créditos que no forman parte de su patrimonio, por estar comprendidos en el remanente que retiene el BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A.

Últimamente, para tratar de solventar estos problemas, en escrituras relativas a hipotecas inscritas a favor de las antiguas entidades, otorgadas por BANKIA, se introduce la siguiente cláusula: *Expresamente los señores comparecientes, en la representación que ostentan, hacen constar que previamente a este acto se han realizado las verificaciones correspondientes y que la operación de préstamo a que se refiere esta escritura y la hipoteca que la garantiza constituida sobre la finca que se describe seguidamente, no consta entre los activos excluidos de la operación de segregación antes referida formalizada entre Banco Financiero y de Ahorros, S.A. y Bankia, S.A. que quedaron detallados en el Anexo IX de la referida Escritura de Segregación, por lo que dicha operación de préstamo y la hipoteca que la garantiza a que se refiere esta escritura, han quedado transmitidos a Bankia, S.A., sucesora de la Caja a cuyo favor se constituyó inicialmente dicho derecho real de hipoteca.*

debe obrar precipitadamente el secretario judicial, siendo lo previsible que se resista a hacerlo si, a la fecha de dictarse el decreto, no se ha inscrito todavía en el Registro Mercantil la escritura de fusión o segregación del negocio bancario.³⁶ En este caso, la inscripción del decreto de adjudicación se practicará en la finca de que se trate, a nombre de la antigua entidad, sin problemas, y la sucesión en dicha titularidad se inscribirá después, con ocasión del otorgamiento, por la nueva entidad, de otros actos sobre la finca.

FISCALIDAD DE LA ADJUDICACIÓN AL EJECUTANTE O AL CESIONARIO.

CUESTION PREVIA: SUJECION A IVA O ITP AJD

Como cuestión previa, que puede plantearse en cualquier caso de adquisiciones mediante subasta, debe determinarse si la operación queda sujeta a Impuesto sobre el Valor Añadido o al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales³⁷. Será el dueño del bien adjudicado el que determinará la aplicación de uno u otro impuesto.

La sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales se producirá cuando el propietario del bien transmitido mediante subasta sea un particular (es decir, una persona que no ostenta la condición de empresario o profesional); cuando, siendo empresario o profesional, la operación no se realice en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional; o cuando siendo empresario o profesional y estando el bien afecto a su actividad, la operación quede sujeta y exenta de IVA por el artículo 20 de la Ley del

³⁶ En tal caso, lo que sí debe tener presente el secretario judicial es que no habrá ningún problema registral en que el decreto de adjudicación se dicte a favor de la antigua entidad y se presente en el registro cuando ya es otra la entidad que tiene la totalidad del negocio bancario bajo su titularidad, y cuando ya constan, en el propio registro, otras inscripciones de sucesión en la titularidad registral de la misma entidad. La inscripción del decreto de adjudicación se practicará en la finca de que se trate, a nombre de la antigua entidad, sin más. Por parte del registro, se reflejará la sucesión en esa titularidad, más adelante, cuando se inscriba sobre esa finca una siguiente transmisión, u otro acto de trascendencia inmobiliaria. Se echará mano, entonces, de los antecedentes que se relacionen en la escritura que en su momento se otorgue, completados, si hiciera falta, con los que se tengan ya acreditados en los libros de inscripciones, una vez que se haya inscrito, en ese mismo registro, alguna escritura de la que resulta o para la que se haya solicitado justificación fehaciente y suficiente de la segregación del negocio bancario y sucesión en la titularidad de los derechos de la entidad de que se trate.

³⁷ El Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de marzo de 1.994, declaró que tratándose de la transmisión en subasta pública judicial de un bien hipotecado no se producía en ningún caso la sujeción a IVA y sí al ITPO, porque la entrega del bien no la hace un empresario o profesional sino el juez. Sin embargo, la Dirección General de Tributos reiteradamente (consultas 23-4-87, 10-1-96 y 6-9-01) señaló como operación sujeta a IVA la transmisión de un bien por medio de subasta pública, siempre que se realizase por un empresario o profesional y el bien formase parte de su patrimonio empresarial o profesional, debiendo necesariamente documentarse la entrega mediante factura.

IVA, o bien no sujeta a IVA por el artículo 7 de la propia ley.

A la sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido que se produce en caso contrario, y, en concreto, al caso del promotor inmobiliario, se ha referido el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sentencia de 31 de mayo de 2010, en la que, resolviendo un recurso de casación para unificación de doctrina, ha declarado que *debe reputarse que la actividad empresarial de un promotor inmobiliario está integrada tanto por la típica venta voluntaria de pisos para obtener la rentabilidad propia de tal negocio, como por la venta forzosa derivada de la necesidad de atender las deudas generadas en dicha actividad...de modo que venta voluntaria y venta forzosa no son sino las dos caras de la misma actividad empresarial.*

De este modo, y para solventar los problemas prácticos que genera esta sujeción al IVA, la Ley 14/2000 y el RD 1082/2001 retocaron, respectivamente, la Ley y el Reglamento del IVA. Hoy, la Disposición Adicional 6ª de la Ley del IVA establece:

En los procedimientos administrativos y judiciales de ejecución forzosa, los adjudicatarios que tengan la condición de empresario o profesional a efectos de este impuesto están facultados, en nombre y por cuenta del sujeto pasivo, y con respecto a las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al mismo que se produzcan en aquéllos, para:

1.- Expedir la factura en que se documente la operación y se repercuta la cuota del impuesto, presentar la declaración-liquidación correspondiente e ingresar el importe del impuesto resultante.

2.- Efectuar, en su caso, la renuncia a las exenciones prevista en el artículo 20.2.³⁸

Y en desarrollo de esta disposición, el Reglamento del IVA, en su Disposición Adicional 5ª, regula las condiciones y requisitos relativos al modo de actuar en estos casos, a cuyo contenido me remito.³⁹

³⁸ El artículo añade que *reglamentariamente se determinarán las condiciones y requisitos para el ejercicio de estas facultades*, y termina diciendo, según redacción dada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. que *lo dispuesto en la presente disposición no se aplicará a las entregas de bienes inmuebles en las que el sujeto pasivo de las mismas sea su destinatario de acuerdo con lo dispuesto en la letra e) del artículo 84.1.2*

³⁹ El régimen previsto en el Reglamento del IVA es el siguiente:

1ª. El ejercicio por el adjudicatario de estas facultades deberá ser manifestado por escrito ante el órgano judicial o administrativo que esté desarrollando el procedimiento respectivo, de forma previa o simultánea al pago del importe de la adjudicación.

2ª. La expedición de la factura en la que se documente la operación deberá efectuarse en el plazo de treinta días a partir del momento de la adjudicación.

Dicha factura será confeccionada por el adjudicatario, y en ella se hará constar, como expedidor de la misma, al sujeto pasivo titular de los bienes o servicios objeto de la ejecución y, como destinatario de la operación, al adjudicatario.

3ª. El adjudicatario efectuará la declaración e ingreso de la cuota resultante de la operación mediante la presentación de una declaración-liquidación especial de carácter no periódico.

4ª. Cuando no sea posible remitir al sujeto pasivo o a sus representantes la comunicación del ejercicio de estas facultades, la copia de la factura, o de la declaración-liquidación por causa no imputable

ADJUDICACION AL EJECUTANTE

La adjudicación al ejecutante puede darse:

Porque resulte haber sido mejor postor -apartado 2º del artículo 670⁴⁰-.

Porque haya pedido que se apruebe a su favor la adjudicación por el 70% del valor de salida de subasta en lugar de un mejor postor que ha ofrecido el pago a plazos y con garantías -apartado 3º⁴¹ del artículo 670-.

Porque, transcurrido el plazo dado al ejecutado para presentar un tercero que mejore una mejor postura que fuera inferior al 70%, pida el ejecutante que se le adjudique la finca -párrafo 2º del apartado 4º del mismo artículo 670⁴²-.

Porque se le adjudique igualmente la finca en el caso de que no existiera ningún postor -artículo 671 de la Ley, ya visto-.

Pues bien, la adjudicación al ejecutante no parece que deba recibir fiscalmente, en principio, un trato distinto al de cualquier otra adquisición derivada del remate:

En el caso de que el deudor sea sujeto pasivo de IVA, se liquidará éste en la forma expuesta.

En otro caso, estaremos ante una transmisión patrimonial onerosa sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, con relación a cuya liquidación podríamos destacar, sucintamente, lo siguiente:

En cuanto al **devengo del impuesto**, el artículo 49 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto se fija en el día en que se *formalice el*

al adjudicatario, dichos documentos habrán de remitirse, en el plazo de siete días desde el momento en que exista constancia de tal imposibilidad, a la AEAT.

⁴⁰ Establece el artículo 670. 2 LEC: *Si fuera el ejecutante quien hiciese la mejor postura igual o superior al 70 % del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, aprobado el remate, se procederá por el Secretario Judicial a la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas y, notificada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere.*

⁴¹ 3. *Si sólo se hicieren posturas superiores al 70 % del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, del precio aplazado, se harán saber al ejecutante quien, en los veinte días siguientes, podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % del valor de salida. Si el ejecutante no hiciere uso de este derecho, se aprobará el remate en favor de la mejor de aquellas posturas, con las condiciones de pago y garantías ofrecidas en la misma.*

⁴² Establece el apartado 4º:

Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 % del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, podrá el ejecutado, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 % del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60% de su valor de tasación y a la mejor postura.

acto sujeto al gravamen, lo que se ha interpretado por numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia⁴³ en el sentido de que no puede devengarse el impuesto si el sujeto pasivo no dispone todavía del testimonio judicial correspondiente.⁴⁴

En lo que respecta a la **base imponible**, según el artículo 39 del Reglamento del Impuesto, en las transmisiones realizadas mediante subasta pública, notarial, judicial o administrativa, servirá de base el valor de adquisición, siempre que consista en un precio en dinero marcado por la Ley o determinado por autoridades o funcionarios idóneos para ello⁴⁵. Una reiterada jurisprudencia ha venido declarando, en general, la improcedencia de la comprobación de valores en estos casos.⁴⁶

CESION DE REMATE.

Por lo que respecta a la cesión de remate, al *remate a calidad de ceder* se sigue refiriendo el artículo 20 del Reglamento del Impuesto, distinguiendo según que *el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate*, en cuyo caso *se liquidará una sola transmisión en favor del cesionario*; o que *la declaración de haber hecho la postura para ceder se formule después de celebrada la subasta*, en cuyo caso *se liquidarán dos transmisiones distintas: una, al adjudicatario del remate, y otra, al cesionario de aquél*.

Retrotrayéndonos a la época en que se aprobó el Reglamento del Impuesto, la distinción que hace es congruente con los términos tanto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁴⁷ como de los artículos, entonces

⁴³ Se pueden ver sentencias como la de Asturias, de 14 de noviembre de 2000 y de Canarias, de 3 de septiembre de 1998, que consideraron que el devengo se produce en la fecha de la notificación del testimonio de adjudicación, y no en la fecha en que se dicta el auto de adjudicación.

⁴⁴ Entre las más recientes sentencias, podemos citar una del TSJ. de la Comunidad Valenciana, de 10 de junio de 2010, para la que, en las adjudicaciones en subasta judicial, el impuesto se entiende devengado sólo desde el momento de libramiento a la parte del testimonio que le sirva de título inscribible; expresamente, dice: habrá que estar a la fecha de la *expedición del testimonio del auto* (hoy decreto) *de adjudicación*.

⁴⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1.997 suprimió la última parte del artículo, en la que se añadía que *en los demás casos, el valor de adquisición servirá de base cuando el derivado de la comprobación no resulte superior*.

⁴⁶ El propio Tribunal Supremo, ya anteriormente (Sentencias de 7-5-91, 1-12-93 y 5-10-95) había señalado que aún cuando se aprecie que el valor real del bien transmitido mediante la subasta (valor de tasación) no coincide con el precio de remate por defectos, manipulación o insuficiencia de la propia subasta, habrá que estar al precio de remate, sin que proceda la comprobación administrativa. Por su parte, el TEAC, en Resolución 12 de junio de 1997, señaló que la base imponible en la adjudicación de unas fincas mediante subasta está constituida tanto por el importe abonado por el adjudicatario como por las cargas anteriores asumidas por éste.

⁴⁷ El artículo 1.499 establecía que *sólo el ejecutante podrá hacer postura a calidad de ceder el remate a un tercero*, posibilidad que regulaba a continuación.

vigentes sobre la materia, de la Ley Hipotecaria y su Reglamento⁴⁸. Se interpretó, en la práctica, que para girar sólo una liquidación al cesionario, debería resultar claramente que el postor, al comparecer en la licitación, había manifestado ya su intención de hacer sus posturas *a calidad de ceder* el remate, porque faltando esa manifestación y haciéndose uso de esa facultad después, se girarían dos liquidaciones.

La consecuencia fiscal de calificar como una segunda transmisión la cesión a favor del cesionario no se queda ahí. Es que, además, en cuanto a esa segunda liquidación sí será posible la comprobación de valores, frente a la prohibición de dicha comprobación que resulta del citado artículo 39 del Reglamento del Impuesto para la adjudicación a favor del ejecutante-cedente⁴⁹.

En la *interpretación* del artículo 20 del Reglamento del Impuesto, nos encontramos ante dos posturas posibles:

1º) La primera es la que considerar que con el artículo 647 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda seguir manteniéndose esa distinción entre los dos supuestos a que se refiere el artículo 20, de modo que cuando, como dice el primer párrafo del artículo 647, el ejecutante *hace postura* reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero, como hace uso de ese derecho *en el acto de la subasta*, habrá una sola transmisión; pero cuando, en el caso del segundo párrafo del artículo 647, el ejecutante hace uso del mismo derecho, solicitándolo, se entiende, a la vista del resultado de la subasta, como su petición *se formula después de celebrada la subasta*, habrá dos transmisiones, y en la segunda de ellas, comprobación de valores.

2º) La otra interpretación fiscal posible de los artículos 647 y 20 citados ha de ser la que considerar que con la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil se da un reconocimiento *ex lege* al ejecutante de su derecho a ceder el remate, y ello, en todo caso, esto es, porque participe en la subasta o porque llegue a solicitar que se le adjudique el bien después de ella. Su participación en la subasta siempre será, sin necesidad de manifestarlo, con reserva del derecho a ceder el remate. Y si lo solicita después, no por ello se está contraviniendo, sino cumpliendo, utilizando las

⁴⁸ El último párrafo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria disponía, para el procedimiento judicial sumario, que *las posturas podrán hacerse a calidad de ceder el remate a un tercero*, reproduciendo a continuación las mismas palabras que el artículo 1.499 LEC. Y el artículo 228 del Reglamento Hipotecario añadía que *las posturas en las subasta del procedimiento judicial sumario podrán hacerse a calidad de ceder el remate a tercera persona*

⁴⁹ Al ventilarse la aplicabilidad o no del artículo 39 antes visto, la Dirección General de Tributos, en consulta de 22 de diciembre de 1999, declaró, también con anterioridad a la vigente LEC⁴⁹, que si estamos ante dos transmisiones (porque el derecho a ceder se formulara tras la subasta), la primera de ellas será la que tenga el carácter de adjudicación en subasta pública, sin posible comprobación de valores, mientras que a la segunda transmisión, la que tiene lugar a favor del cesionario, se le aplicarán las reglas generales de determinación de la base imponible en el ITPO, resultando posible la comprobación de valores.

palabras del Reglamento del Impuesto, *las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate.*

Con esta interpretación, parece que sólo habrá dos liquidaciones en casos muy residuales, como el de que, celebrada la subasta y dictado un decreto de adjudicación a favor del ejecutante, éste pida la firma de otro decreto para que se apruebe nuevamente la adjudicación, ahora a favor del cesionario. Pero en los demás casos, parece bastante remoto llegar a considerar que fiscalmente haya dos transmisiones a la vista de la actual regulación legal, a pesar de la norma del Reglamento del Impuesto.

Para decantarme por una u otra posición, me gustaría saber cuál es la práctica de los juzgados para conocer, aunque sea sólo indiciariamente, como se percibe el alcance de la norma procesal de que tratamos. Por ejemplo: ¿Hace el ejecutante siempre, alguna vez o nunca manifestación expresa de que se reserva la facultad de ceder el remate? En su defecto, ¿se le pregunta por el juzgado al ejecutante si se reserva esa facultad? ¿se le pregunta lo contrario, es decir, si renuncia, con carácter previo, a ese derecho? Y en cualquiera de tales casos ¿por qué no reflejar esa manifestación expresa, esa respuesta afirmativa o esa negativa a renunciar, respectivamente, en el decreto de adjudicación, al referirse a los antecedentes relativos a la subasta? ⁵⁰

Otra de las cuestiones que se plantea es la de la entidad del precio o contraprestación entregada por el cesionario del remate y su influencia en el tratamiento fiscal que aquél habrá de recibir por su adquisición. En concreto: ¿qué pasa con aquellos casos en los que el cesionario no ha pagado lo mismo, sino menos o más, que lo ofrecido por el ejecutante?

En el caso de que el cesionario **haya pagado menos** que lo ofrecido por el ejecutante, pagará aquél el impuesto que le afecta, como sujeto pasivo del Impuesto de Transmisiones o del IVA, según los casos. Y, como sabemos, en principio, será la base imponible el precio de adjudicación aprobado, en su totalidad, como valor comprobado y sin minoración.

En el caso de que el cesionario **haya pagado al ejecutante más** que lo ofrecido por él para adjudicarse la finca, se pone sobre la mesa la cuestión del sobreprecio que cobran las entidades ejecutantes a los cesionarios por cederles el remate.

⁵⁰ Por lo que respecta a la jurisprudencia fiscal, parece ésta decantarse por la idea de que estamos ante una sola transmisión. Así se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional y de las Consultas de la Dirección General de Tributos de 13 de abril de 2011 y 20 de septiembre de 2011, dictadas con otro objeto, el de dilucidar el trato fiscal que corresponde al sobreprecio de la cesión de remate. En la Consulta últimamente citada, V2150-11 de 20 de septiembre de 2011, en relación con un caso de ejecución hipotecaria en el que la entidad ejecutante se adjudicó los inmuebles objeto de procedimiento por el 50 por ciento del valor de tasación y luego cedió el remate a tercero, ha entendido que la transmisión de finca que tributa es sólo la que tiene lugar entre el deudor hipotecario y el cesionario.

A esta materia se refirió una sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 2005, cuyo contenido fue reiterado por otra de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2007. Estimó el recurso interpuesto por una entidad de crédito, que se opuso a una liquidación de IVA girada por la Agencia Tributaria por los sobrepuestos cobrados por ella a través de las cesiones de remate realizadas para el reembolso de los créditos hipotecarios ejecutados. Las sentencias reconocieron, por otro lado, que hay una sola transmisión en el supuesto de cesión del remate y, en lo que ahora nos interesa, declararon lo siguiente:

Que puede existir un sobrepuesto que percibe el cedente por presentar al tercero para que sea éste quien se adjudique el bien.

Que si las entidades destinan ese sobrepuesto al recobro de los créditos que están ejecutando, hay motivo para que soliciten la exención de IVA.

Pero que, invocada esa exención, se estima que ello debe repercutir en la deuda pendiente del demandado y así debe constar en el propio expediente de ejecución descontándose de la deuda perseguida ese sobrepuesto.⁵¹

Se nos muestra, por este camino, una vía adecuada, una más, para proteger la posición del deudor hipotecario en su interés de minorar, en la mayor medida posible, su deuda hipotecaria sin sobrecargar fiscalmente, por otro lado, la posición del acreedor. No obstante, no podemos dejar de señalar que la Dirección General de Tributos no parece querer abundar en la procedencia de esta exención.⁵²

⁵¹ Veámoslo con un supuesto. De un decreto de adjudicación, o de los antecedentes documentales que le sirvan de base, puede resultar:

Que el precio de adjudicación inicialmente aprobado era, por ejemplo, de 60.000 euros.

Que la base imponible sobre la que se liquidaría, por ejemplo, el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (7%) serían esos 60.000 euros.

Que el cesionario, sin embargo, pagó 10.000 euros de más por la cesión de remate. Si la entidad ejecutante, que cedió el remate, cobra ese sobrepuesto, por el mismo debería ingresar el IVA correspondiente, consecuencia de tratarse de cantidades sujetas a ese impuesto por razón de la condición empresarial de la entidad de que se trate y porque son cantidades obtenidas en el ejercicio de dicha actividad.

Lo que el Tribunal Supremo sostuvo es que esa cantidad podría, por destinarse al recobro del crédito del ejecutante, quedar exenta de IVA. Pero, entonces, será la cantidad total de 60.000 euros, más – íntegros- los 10.000 restantes la que procederá descontar entera del total adeudado por el demandado.

⁵² Así, en Consulta Vinculante V0980-11 de 13 de abril de 2011 y en Consulta V2150-11 de 20 de septiembre de 2011 ha declarado que, a efectos de la determinación del régimen de tributación en el IVA de las operaciones indicadas (cuando se cobra un precio por encima del de remate, por la cesión), se distinguirían las dos operaciones siguientes: a) La cesión del remate efectuada mediante un precio por el banco ejecutante al consultante, beneficiario de dicha cesión. Dicha operación estaría sujeta al IVA, en virtud de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 37/1992 que grava las prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. b) La transmisión de la parcela urbana objeto de la subasta judicial efectuada por el deudor hipotecario al

Por último, cabe la posibilidad de que el cesionario no haya pagado nada por la cesión. Pensemos en el caso, antes expuesto, de la cesión de remate a favor de un fondo de titulización hipotecaria, que hubiera adquirido el crédito objeto del procedimiento, o en el caso de la cesión que se verifica a favor de un acreedor pignoraticio, que hubiera garantizado una operación concertada con el ejecutante precisamente con el crédito que es objeto de ejecución. Como en ambos casos, la falta de pago obedece a la previa existencia de una prestación que se considera causa jurídica de la cesión de remate que ahora se realiza, parece también clara la sujeción al impuesto de transmisiones que corresponda a cargo del cesionario, en cuya sede se habrán de alegar las exenciones que procedan.

Pero si esa cesión de remate no tuviera ni acreditación de pago alguna ni razón jurídica que justifique la falta de contraprestación por la finca que se adquiere, la cuestión fiscal que se plantea iría ligada a una más honda reflexión, relacionada incluso con la naturaleza de la cesión de remate, con la forma esencial exigible a las transmisiones lucrativas de bienes inmuebles o con el tratamiento fiscal de las donaciones.

Valencia, 26 de enero de 2012.

consultante. Tal entrega está sujeta al referido Impuesto, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 37/1992, por ser el transmitente un empresario o profesional y la parcela urbana, sobre la que se asienta un edificio en construcción, formar parte de su patrimonio empresarial o profesional. En otro caso, la mencionada operación no estaría sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido.