

El dilema de si hipotecar la propiedad separada o el derecho de superficie que constituye la propiedad separada

Se trata de una situación real de acceso a la financiación por parte de un superficiario que ya ha edificado sobre la finca.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El asunto que suscito es singular, nunca antes lo había considerado y, finalmente, se descubre que la solución no es obvia. Vamos a simplificar el supuesto: AAA es propietario de un suelo sobre el que concedió un derecho de superficie (no consta el plazo, véase el artículo 53.2 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana o LSRU) en favor de BBB, que construyó en él un edificio con fines de alojamiento educativo. Ahora necesita financiación de tercero y BBB se cuestiona qué puede y debe gravar en garantía de la deuda. El financiador es CCC.

¿Puede hipotecar BBB el derecho de propiedad que ostenta sobre la edificación hecha por él en virtud del derecho de superficie? Vamos a distinguir según que el derecho de superficie siga inscrito sólo como una carga del dominio en el folio registral de la finca o que se haya abierto folio separado para la «propiedad temporal» sobre el edificio construido. Este folio independiente puede en efecto abrirse, y deberá abrirse necesariamente si sobre la «propiedad separada» se quieren constituir cargas inmobiliarias distintas de las que puedan recaer sobre el dominio de la finca, sobre el derecho reversional del concedente

de la superficie y sobre el derecho de superficie. Esta hipoteca sobre el derecho de propiedad temporal quedará extinguida cuando lo haga ésta por extinción del derecho de superficie.

¿En qué se diferencia hipotecar esta propiedad separada temporal de hipotecar el propio derecho de superficie a que se refiere el artículo 107.5.º de la Ley Hipotecaria (LH)? Parece que esta hipoteca es posible como carga (hipotecaria) de una carga (superficie) inscrita sobre la finca, aunque esta última no haya salido del folio original de la finca para abrir un folio nuevo. Porque, en efecto, «el derecho de realizar edificaciones en la rasante y en el

hipoteca el derecho de superficie *in fieri*, el derecho de propiedad sobre la construcción resultante es un derecho que *constituye parte integrante del derecho de superficie*. Y lo mismo ocurre con el derecho de superficie que se constituye sobre «edificaciones ya realizadas», de forma que «se atribuye al superficiario la propiedad temporal» (art. 53.1, II, LSRU). El derecho de propiedad es una parte integrante indivisible del derecho de superficie.

¿Qué procedimiento será más efectivo entre los expuestos? Sin duda, hipotecar el derecho de superficie, y no el derecho de propiedad sobre la edificación ya terminada, y ello incluso si esta segunda modalidad de

hipoteca fuere posible en derecho. De otra forma nos preguntamos: ¿qué pasaría con nuestra hipoteca del inmueble si se hipotecase luego el derecho de superficie y dicha hipoteca se ejecutase? De acuerdo con lo que acabo de decirte, no se podría dar esta coexistencia, porque no puedes hipotecar propiedad separada si no hipotecas el de-

recho de superficie. Mas, si tal coexistencia fuera posible, la lógica del sistema conduciría a que la ejecución hipotecaria del derecho de superficie más su parte integrante barrería la hipoteca aislada sobre el inmueble. Y no al contrario.

Los derechos respectivos a los que se refieren los artículos 53 y 54 de la Ley del Suelo (construir, mantener la propiedad, expectativa reversional) no se pueden gravar como prendas de derecho de créditos. Pero todo crédito en dinero existente entre las partes (v. gr., canon superficiario, pago del valor reversional, etc.) sí puede gravarse por medio de prendas de crédito, ordinarias o sin desplazamiento. Como

El derecho de propiedad sobre lo construido es una parte integrante indivisible del derecho de superficie

vuelo y subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal» (art. 53.1 LSRU), es un derecho real sobre cosa ajena y tiene que figurar en el folio del dominio principal (art. 13 LH).

Reparemos en que ni la Ley Hipotecaria ni la del Suelo prevén la suerte de la hipoteca cuando es el derecho de superficie lo que se hipoteca. En otros casos menos importantes (números 7.º, 8.º y 12.º del art. 107 LH) se aclara que la hipoteca de una suerte de «derecho *in fieri*» se extiende sin más al activo final resultante del ejercicio de aquel derecho de adquisición. Lo que ocurre es esto, y es una especie de milagro de la técnica jurídica: cuando se

ocurre en los artículos 110 y 111 de la Ley Hipotecaria, el rango respectivo de tales derechos concurrentes, mobiliario e inmobiliario, se gobernaría en principio por el orden de su fecha. Pero, para ser oponible a la hipoteca una prenda sobre estos créditos dinerarios y dadas las

razones para sospechar que una analogía del artículo 75 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria es procedente, la prenda de estos créditos debería estar constituida como prenda sin desplazamiento inscrita en el Registro de Bienes Muebles.