

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

ARRENDAMIENTOS DE SUPERFICIE PARA INSTALACIONES FOTVOLTAICAS Y EJECUCIÓN DE HIPOTECA INMOBILIARIA

Ángel Carrasco Perera

*Catedrático de Derecho Civil
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

El supuesto que se considera es el de un inmueble edificado para uso industrial cuyo propietario concierta con un tercero un arrendamiento o un derecho de superficie sobre la cubierta del edificio para la construcción y explotación por aquél de una instalación de energía fotovoltaica. El contrato o contratos correspondientes no presentan ninguna especialidad sustancial. El problema nace cuando el propietario del inmueble está gravado con una hipoteca. A tenor del artículo 674.2 LEC, a instancia del adquirente en el proceso de ejecución de la finca hipotecada, «se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores». Igualmente, los artículos 133 y 134 LH. Si esta cancelación se produjera, el arrendatario no podría disfrutar del uso del inmueble por el tiempo contratado ni podría amortizar la inversión. Y difícilmente se encontrarán financiadores que prestasen con garantías sobre los paneles solares, si la ejecución de la hipoteca sobre el inmueble hubiera de comportar también la cancelación de estas cargas hipotecarias, ya sobre el derecho de arrendamiento o superficie, ya sobre los activos y equipamiento industrial.

Se trata de cuestionar si existe alguna forma de evitar esta consecuencia.

En este particular hay que distinguir distintos planos del problema y distintas realidades de hecho, que pasamos a exponer:

1. Hay que tener presente que, aunque la hipoteca sobre el inmueble subyacente fuere anterior a la construcción del parque fotovoltaico y al derecho de arrendamiento/superficie y anterior a la eventual hipoteca mobiliaria sobre las instalaciones del arrendatario (de haberla), las instalaciones industriales sobre cubierta erigidas por el tercero arrendatario o superficiario no son activos a los que se extiende la hipoteca in-

mobiliaria. El arrendatario o superficiario es un tercer poseedor de la cosa hipotecada (cfr. arts. 127 LH y 662.2 LEC), y la hipoteca sobre el inmueble, incluso con cláusula de extensión a pertenencias (art. 111 LH), no alcanza «a los muebles colocados permanentemente en los edificios ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos y otros se hayan costado por el nuevo dueño» (art. 112 LH). No importa si su derecho de disfrute se encuentra inscrito en el Registro. Ciertamente que el arrendatario no es dueño del inmueble, pero es titular de un derecho de disfrute en cuya virtud ha podido instalar o construir pertenencias de su propiedad en finca ajena. Si la hipoteca inmobiliaria se ejecutara, la suerte de estas instalaciones se regularía por el artículo 113 LH, que concede al titular de aquéllas un derecho de separación o de predetracción, según los casos.

- Nos preguntamos a continuación por la subsistencia del derecho de arrendamiento o de superficie y, por ende, de las eventuales hipotecas inmobiliarias o mobiliarias que sobre ellos (derecho de arrendamiento inscrito o de superficie inscrito) y sus instalaciones se hallen constituidas por el titular de aquéllas.
- Es evidente que constituye un pacto lícito el acuerdo entre el arrendatario/superficiario y el acreedor hipotecario inmobiliario por el que éste renuncia a pedir la extinción del derecho sobre la superficie en caso de ejecutarse la hipoteca y resultar éste adjudicatario de la finca. Es decir, un acuerdo por el que el derecho en cuestión subsiste a pesar de la ejecución. A cambio de esta concesión, el acreedor hipotecario puede hacerse conceder la extensión de su derecho a las rentas derivadas del

fundéu

CERTIFICADO
DE CALIDAD
LINGÜÍSTICA

- contrato de disfrute (pacto anticrético) y prever anticipadamente la subrogación en el contrato arrendaticio para el caso de adjudicación.
4. A los efectos anteriores, el mandamiento de cancelación de cargas del artículo 674.2 LEC debe entenderse que se produce a instancia del adquirente adjudicatario. En este sentido, la Resolución de la DGRN de 27 mayo del 2000 consideró eficaz la solicitud expresa del adjudicatario de no cancelación total de una anotación de embargo posterior a la hipoteca. Por lo demás, aunque el registrador decidiera cancelar de oficio o sin restricciones, la cancelación de la carga no comportaría la extinción del derecho material de disfrute. Es incluso probable que los derechos de arrendamiento sobre estas superficies ni tan siquiera se inscriban, por lo que deja de ser cuestión su posible cancelación registral.
 5. El pacto anterior sólo sería eficaz cuando el acreedor hipotecario fuera el adjudicatario, pero no obligaría a terceros adquirentes. Esto resta utilidad al acuerdo, pues las partes interesadas no pueden prever cuál será la suerte de la subasta hipotecaria y si habrá o no terceros que pujen por la finca.
 6. Tampoco sería eficaz el pacto anterior si existiesen cargas intermedias. El acreedor hipotecario, incluso adjudicatario, no podría perjudicar los derechos de los titulares de cargas intermedias mediante un acuerdo de subsistencia del derecho de disfrute. Pues, si un derecho de esta clase subsistiera, el valor eventual de ejecución con respecto a terceros sería menor que si se cancelara, con lo que la posibilidad de un sobrante de ejecución se reduciría. Y aunque todos sepamos que constituye mera especulación referirse a sobrantes de ejecución hipotecaria, su sola posibilidad basta para que el pacto no pueda ser llevado adelante en contra de tales terceros.
 7. Un pacto de esta clase tampoco sería de plena utilidad aunque en el momento de acordarse no hubiere cargas intermedias y el derecho de disfrute estuviese inscrito en el Registro de la Propiedad, de forma que ganase rango frente a titulares de cargas posteriores. En este caso, estos titulares no tendrían nada que objetar a la subsistencia del derecho de disfrute, que es en todo caso de rango preferente con respecto a aquellas cargas. Mas, con todo, seguiría estando vivo el problema de que el adquirente en subasta no fuera el acreedor, en cuyo caso el pacto no le sería oponible.
 8. La eficacia plena del acuerdo de subsistencia del arrendamiento o derecho de superficie sobre la superficie podría conseguirse por tres vías, que paso a exponer.
 - 8.1. La primera vía sería el pacto de posición o permuta de rango (art. 241 RH). Se trata, sin embargo, de un recurso ilusorio, pues el acreedor hipotecario sobre el inmueble no va a estar dispuesto a un pacto de esta clase. Ello aparte de sus desventajas fiscales.
 - 8.2. La segunda vía sería la de constituir previamente a la hipoteca inmobiliaria una finca registral específica e independiente para el derecho de superficie o de arrendamiento, de forma que ni este derecho ni sus pertenencias se entendiesen hipotecados con la finca subyacente. En el caso de derecho de superficie no habría dificultad en abrir folio registral propio a este derecho. No así en el caso de arrendamiento, al que se aplicaría el artículo 13 LH. Con todo, podría superarse esta objeción excluyendo el derecho de arrendamiento sobre cubierta o el derecho de superficie sobre cubierta de la materialidad de la finca subyacente, sin necesidad de abrir folio registral propio a tales derechos. En efecto, el artículo 110 LH describe a qué elementos se extiende la hipoteca de modo natural, aunque no se mencionen en el contrato, pero «siempre que correspondan al propietario». Es decir, a efectos hipotecarios no habría que operar por medio de segregaciones (o creaciones de fincas especiales) para limitar la extensión material de la hipoteca. Bastaría que en la escritura de cons-

titulación (o en una novación posterior de ésta) se determinase que la hipoteca no se extiende a los derechos de arrendamiento o superficie sobre cubierta, o, más simplemente, que la hipoteca no se extiende al derecho de vuelo sobre cubierta. El artículo 110.1.º LH ya reconoce de hecho que sobre ciertas partes integrantes de la finca gravada (las nuevas edificaciones) no se extiende la hipoteca salvo pacto y que, por tanto, de facto se produce una propiedad superficiaria separada a la que no se extienden los efectos de la ejecución hipotecaria. De hecho, la STS de 15 de diciembre de 1997 consideró que la escritura de hipoteca no se extendía a dos pisos altos de la casa, limitándose a la planta baja, al no constar aquella extensión en la escritura de hipoteca. Si la hipoteca no contuviera este pacto de extensión, o limitase los efectos de la extensión, el derecho posterior de disfrute inscrito no podría ser cancelado.

8.2.1. En contra de lo anterior puede aducirse la analogía con el apartado último del artículo 134 LH. Según éste, subsistirán las declaraciones de obra nueva y divisiones horizontales posteriores a la hipoteca ejecutada, pero sólo si la hipoteca se extiende por pacto a estas nuevas construcciones. En caso contrario, y supuesto que estas accesiones no han abierto folio registral propio, se produciría la cancelación. También la referencia que se contiene en el artículo 225 RH a los titulares de las «desmembraciones del dominio» prueba que éstos están ordinariamente sujetos a la regla de purga por ejecución de hipotecas preferentes. Por razones igualmente derivadas del principio de especialidad y por la necesidad de evitar la confusión y el marasmo en la delimitación objetiva de los derechos inscritos, es preferible atenerse a una solución prudente y negar que el propietario y el

acreedor puedan pactar que la hipoteca no se extienda al vuelo de la finca, sobre el que no se ha constituido un derecho de vuelo o de superficie. Creo que bastaría también la constitución de un derecho arrendaticio, aunque no abriera folio registral propio.

8.2.2. Si se acepta lo anterior, sólo podría salvarse de los efectos cancelatorios un derecho de superficie o (más dudosamente) un derecho de arrendamiento que se hubiesen constituido con anterioridad a la hipoteca, o, de ser posteriores, se podría salvar si el acreedor hipotecario aceptara una novación de su título —restringiendo la extensión objetiva del gravamen a estos derechos— sin que existieran titulares de cargas intermedias, salvo que a su vez éstos prestaran su consentimiento. Creo que en tal caso los derechos de superficie o (más dudosamente) de arrendamientos no estarían sujetos al principio de purga.

8.3. La tercera vía para conseguir este efecto sería incluir en la escritura constitutiva de la hipoteca una cláusula de exclusión del efecto de purga del artículo 674.2 LEC. No veo ninguna objeción a la validez e inscribibilidad de este pacto, siempre que no afectara (y no afectaría) a terceros que hubieren adquirido previamente derechos inscritos sobre la finca. No es tampoco ninguna objeción definitiva la reputada imperatividad del procedimiento de ejecución hipotecaria, pues aquélla debe entenderse limitada a los términos del artículo 129 LH, que prescribe que la acción hipotecaria se sujete en su ejercicio a lo dispuesto en la LEC, y el extremo que ahora consideramos no atañe al ejercicio de la acción ejecutiva ni a los trámites del proceso de ejecución. El pacto de limitación de la purga no afecta al procedimiento de ejecución y sólo atañe a las partes interesadas

en el acuerdo. Se trata de un pacto inscribible, pues indiscutiblemente tendría efectos jurídico-reales. Además, como prueba la redacción del artículo 233 RH, la cancelación de cargas posteriores no es el contenido de un mandamiento judicial indiscriminado, pues el auto de adjudicación debe especificar las cargas que se cancelan individualizadamente.

8.3.1. Este tercer expediente es preferible a los dos anteriores. En principio, no hay costes fiscales adicionales y no hay que practicar desusadas cláusulas de restricción del alcance objetivo de la hipoteca, que suponen de cierto una pérdida de valor de la hipoteca inmobiliaria y de la consistencia de la garantía que la hipoteca ofrece al acreedor. A cambio de la concesión que para el acreedor supone la eliminación del efecto de purga, se podría pactar la pignoración anticipada de las rentas arrendaticias —como pacto de extensión convencional de la hipoteca— y la futura subrogación del adjudicatario en el contrato de disfrute si la hipoteca llegare a ser ejecutada.

8.3.2. Cabe imaginar una objeción teórica a este pacto, cual es la de considerar que mediante él se simula un acuerdo de posposición o permuta, que debería haberse pactado en los términos del artículo 241 RH. Sin embargo, consideramos improcedente esta objeción.

8.3.3. Es improcedente, primero y obvio, porque el artículo 241 RH sólo se aplica en sus términos a la posposición y permuta de derechos de hipoteca. Sólo en cargas de este tipo puede hablarse de rango en sentido hipotecario, entendido como serialización priorizada de cobros. Pero ni la ley ni el reglamento han concebido pactos de rango entre derechos reales

de contenidos asimétricos, como ocurre entre un derecho de disfrute y un derecho de garantía, por lo que no puede hablarse de fraude de ley en el sentido del artículo 6.4 del Código Civil.

8.3.4. Más importante que esta consideración formal es otra sustancial: el pacto de limitación de purga no es equivalente a un pacto de permuta o posposición de rango porque en nuestro modelo la hipoteca no pierde su rango a favor del derecho de disfrute sobre cubierta. Si se tratara de un verdadero pacto de alteración de rango, la hipoteca se extinguiría si, por ejemplo, el arrendatario o superficiario ejercitara un derecho de retracto sobre la finca, pues al ser de primer rango el arrendamiento, no podría imponerse a su titular que adquiriese la finca con una carga posterior. Por la misma razón, si la hipoteca inmobiliaria pospusiese su rango al arrendamiento o derecho de superficie, aquélla se extinguiría y se cancelaría si se ejecutase una (posterior) hipoteca que el arrendatario hubiera concertado sobre su derecho de arrendamiento o de superficie, porque el arrendatario no tendría que soportar que del valor de tasación se sustrajera el valor de la hipoteca inmobiliaria, siendo ésta una carga de posterior rango. Otro tanto ocurriría si el titular del derecho sobre cubierta constituyera un lease back sobre su derecho, e incluso si un tercero ejecutase un embargo —anotado después de la hipoteca inmobiliaria— sobre el derecho de disfrute sobre cubierta. Todas estas consecuencias estarían implicadas en un pacto de posposición y no se producirían en un pacto simple de límite de purga, como hemos propuesto.