

EL RANGO REGISTRAL. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL RANGO*

Por **Lilia Noemí Diez**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL RANGO: 2.1. Sistema romano o latino de avance de puestos. 2.2. Sistema germánico o de puestos fijos. 2.2.1. Derecho alemán. 2.2.2. Derecho suizo. 3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA ROMANO Y DEL SISTEMA GERMÁNICO: 3.1. Argumentos a favor y en contra del sistema romano. 3.2. Argumentos a favor y en contra del sistema germánico. 4. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA GERMÁNICO EN EL DERECHO ALEMÁN Y EN EL DERECHO SUIZO: 4.1. Evolución del Derecho alemán. 4.2. Evolución del Derecho suizo. 5. CONCLUSIÓN

1. Introducción

En el ámbito jurídico inmobiliario el rango de los derechos reales se presenta como un criterio de resolución de un determinado tipo de conflicto de derechos. La situación de colisión de derechos que con el rango se pretende solucionar se plantea en casos de incompatibilidad relativa entre derechos reales limitados, es decir, cuando recayendo éstos sobre un mismo inmueble pueden coexistir pero sin ostentar igual posición jurídica¹.

*Especial para *Revista del Notariado*.

(1) Como pone de relieve don José Manuel García García: «el rango registral se plantea precisamente en estos casos de incompatibilidad relativa o eficacia preferente de la prioridad, es de-

No se plantea ningún problema en las relaciones entre la propiedad y los derechos reales limitados que la gravan, pues estos derechos prevalecen sobre aquélla al tener precisamente por función restringirla.

El rango opera ordenando los derechos, proporcionándoles una concreta posición. De tal manera que el derecho de rango superior prevalece sobre el que lo tiene inferior (por subordinarse éste a la eficacia preferente de aquél)². Desde esta perspectiva, el rango es una manifestación del principio de prioridad registral (*prior tempore, potior iure*). Se halla, además, en estrecha relación con el principio según el cual nadie puede dar lo que no tiene (*nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*), pues el propietario que ha gravado su inmueble con un derecho real limitado sólo puede constituir sobre él un nuevo derecho de esa clase (si no cuenta con el consentimiento del titular del derecho de rango preferente) si el segundo puede coexistir con el primero sin perjudicarlo.

El rango como criterio de resolución de conflictos entre derechos es aplicable no sólo a los que se generen entre hipotecas que gravan un mismo inmueble, sino también a los que se originen entre cualesquiera derechos reales (por ejemplo, entre dos servidumbres o entre dos usufructos)³ e incluso entre hipotecas y otros derechos reales (por ejemplo, entre una hipoteca y una servidumbre)⁴.

No obstante, la aplicación más importante del rango se da cuando los derechos que entran en conflicto son hipotecas⁵, ya que a consecuencia de la realización de valor puede suceder que el precio que se obtenga en la subasta no

cir, respecto a aquellos derechos reales recaentes sobre un mismo inmueble que, no pudiendo ocupar, en principio, el mismo puesto u orden de preferencia han de ser ordenados, pero hecha esta ordenación, pueden coexistir y no se excluyen entre sí», *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, primera edición, Ed. Civitas, tomo II, Madrid, 1993, pág. 705.

(2) No vamos a examinar aquí la naturaleza jurídica del rango, pues ello nos llevaría más lejos de lo pretendido con este trabajo, por exceder de su objeto. De ahí que nos limitemos a referirnos a lo que funcionalmente es el rango, un criterio de resolución de conflictos entre derechos reales limitados.

(3) En materia de servidumbres, el modo en que el conflicto se resolverá depende de su contenido. De entrada, hay que pensar en que la solución será diferente según se trate de servidumbres negativas o positivas. En la medida en que el propietario se obligue a abstenerse de hacer alguna cosa, no colisionan los derechos de los titulares de las servidumbres, pues todo legítimamente puede exigir del propietario el «no hacer» en que consista la propia servidumbre. No sucede lo mismo con todas las servidumbres positivas. Cabe imaginar que su ejercicio simultáneo será compatible cuando graven partes diferentes del inmueble sobre el que recaen. También cabe pensar en que la servidumbre de peor rango sólo pueda ejercitarse parcialmente.

(4) Puesto que si la servidumbre es preferente, en el momento de la realización forzosa de la hipoteca, disminuirá el valor del objeto gravado con la consecuencia de que el precio del remate puede no ser suficiente para cubrir el importe total del crédito del actor. Piénsese, además, por ejemplo, en un supuesto de ejecución forzosa de hipoteca de primer rango a la que siguen un usufructo, una servidumbre y dos hipotecas más por este mismo orden de rango. En este supuesto, los titulares del usufructo y de la servidumbre también tienen derecho a participar en el sobrante de lo obtenido en la subasta con preferencia a los otros dos acreedores hipotecarios.

(5) Así, García García, ob. cit., pág. 706; y Chico y Ortiz, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, tomo I, Madrid, 1989, pág. 421.

sea suficiente para cubrir el importe (total o parcial) de la cantidad asegurada por capital, intereses y costas con las hipotecas de segundo o ulterior rango, si se ejecuta la de primer rango⁶.

Esto pone de relieve no sólo el valor jurídico del rango (en cuanto criterio de resolución de conflictos entre derechos reales limitados)⁷ sino también su valor económico (ya que en función del rango que ostente cada derecho real, según sea de primer o de ulterior rango, su valor económico será diferente: superior o inferior, respectivamente)⁸.

Atendiendo al innegable valor jurídico y económico del rango, en este trabajo pretendemos analizar qué sistema jurídico de entre los que se suelen adoptar para determinar el rango en los países de nuestro entorno cultural y jurídico es preferible en nuestro derecho. El dilema se plantea entre el sistema romano o latino de avance de puestos⁹, vigente en la actualidad, y el germánico de rango fijo¹⁰.

2. Sistemas de determinación del rango

En el Derecho romano y en el Derecho germánico se establecieron normas esencialmente distintas sobre el rango de los derechos reales de garantía inmobiliaria, que han llevado a hablar de dos diferentes sistemas de determinación del rango: el romano o latino, de avance de puestos, y el germánico, de puestos fijos.

En favor y en contra de uno y otro sistema de organización del rango se han esgrimido tradicionalmente argumentos, cuya comprensión requiere una previa explicación, siquiera sea breve, sobre la mecánica y funcionamiento de cada uno de esos sistemas.

2.1. Sistema romano o latino de avance de puestos

En el sistema romano la hipoteca es el derecho real de garantía inmobiliaria por excelencia, caracterizado como indivisible y accesorio del crédito al que garantiza. Cada uno de los titulares de los diferentes derechos de hipote-

(6) Razón por la cual en este trabajo me referiré fundamentalmente al supuesto de colisión y concurrencia de hipotecas.

(7) Cualquier hipoteca, que no sea la primera, vive en constante amenaza de resolución; esta resolución llegará cuando culmine el procedimiento judicial incoado por un acreedor hipotecario preferente. En cambio, la hipoteca primera, que por ser primera goza de un rango superior al de todas las demás, está completamente libre de este peligro resolutorio.

(8) Por todo ello se ha afirmado que «una hipoteca primera vale más que la segunda, sencillamente porque aquélla tiene más probabilidades de efectividad que ésta». De ahí que en la práctica ese menor valor de las segundas y ulteriores hipotecas suele compensarse con incrementos del interés u otras condiciones más onerosas para el deudor en las hipotecas de inferior rango (Ramón María Roca Sastre; Luis Roca Sastre, Muncunill, *Derecho Hipotecario*, tomo II, José María Bosch Editor, Barcelona, 1979, pág. 231).

(9) También se ha llamado a este sistema de rango flexible, progresivo, variable o móvil, de puestos necesarios, de rango con avance potencial, o sistema de elasticidad por vía de comparación relativa.

(10) Este sistema también es conocido como sistema de parcelas o compartimientos de valor, o de puestos fijos.

ca constituidos sobre un mismo inmueble tiene derecho a que se le pague el importe íntegro de la suma garantizada, sobre la totalidad del valor del inmueble (*pignoris causa indivisa est*). En el momento de la realización de valor, la clasificación entre acreedores hipotecarios se hace por orden de prioridad temporal. La fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad de las diferentes hipotecas determina el rango existente entre ellas. En este sistema la primera hipoteca comprime la potencial expansión de la segunda y posteriores, de tal suerte que la desaparición de una hipoteca aprovecha a los acreedores hipotecarios posteriores, pues su derecho de hipoteca avanza entonces automáticamente y mejora de rango (al faltar la compresión de la hipoteca anterior), con lo que la garantía de su crédito aumenta tanto más en cuanto el importe del crédito garantizado por la hipoteca desaparecida fuera más elevado.

Sobre este sistema creemos que huelgan más explicaciones por ser el que rige en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, el que nosotros conocemos.

2.2. Sistema germánico o de puestos fijos

En el sistema germánico se tipifican ciertos derechos reales de garantía inmobiliaria que pueden existir por sí mismos, sin necesidad de la coexistencia de un crédito al que garantizar con carácter accesorio. Ello es así porque en este sistema los derechos reales de garantía cumplen dos funciones básicas, la de garantía o seguridad, cuando aseguran la efectividad de un crédito, y la de movilización del valor del suelo, cuando el derecho real de garantía es objeto en sí mismo considerado de tráfico jurídico, por lo que se incorpora en un título valor destinado a circular. En el cumplimiento de esta segunda función no es menester que el derecho real de garantía asegure la efectividad de un crédito, por no depender de ello su existencia, dada su no accesoriedad.

El derecho real de garantía en el sistema germánico clásico representa e individualiza sólo una parte del valor del inmueble gravado y queda limitado a esa fracción o parcela de valor. Objeto de responsabilidad no es el inmueble como cosa corporal, sino como unidad de valor¹¹. De ahí que los diferentes derechos reales de garantía que gravan un mismo inmueble ocupen puestos correspondientes a las diferentes parcelas de valor en que se halla ideal y jurídicamente fraccionado el inmueble sobre el que recaen. Es por ello que su rango se determina por el puesto que ocupan (lo que depende en la mayoría de los casos de la voluntad de las partes) y no por la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Si un derecho real de garantía de rango anterior desaparece, el propietario dispone del puesto que ha quedado libre, pudiéndolo utilizar para constituir un nuevo derecho real de garantía por el mismo importe (o inferior) que el anterior que lo ocupaba, con la importante consecuencia de que al ocupar cada uno de los derechos reales de garantías distintas parcelas de valor con total independencia, los posteriores no pueden avanzar y mejorar su rango.

(11) *N. del A.*: El puesto fijo es una cuota de valor ideal del objeto gravado.

El sistema germánico rige en la actualidad, con algunas variantes, en el Derecho alemán y en el Derecho suizo¹². Aunque en ambos ordenamientos jurídicos la configuración y mecánica del rango son en esencia iguales, y responden a iguales premisas, existen ciertas diferencias que conviene poner de relieve.

2.2.1. Derecho alemán

En el Derecho alemán actual el rango de los derechos reales se determina de diferente forma, según se trate de derechos que deben figurar en la misma sección del Registro o en secciones distintas¹³. Cuando los derechos están inscriptos en la misma sección, el rango se determina por el orden consecutivo de las inscripciones (*nach der Reihenfolge der Eintragungen*), y si están inscriptos en diferentes secciones, por el orden de fechas de las inscripciones (§ 879 BGB)¹⁴.

Existe discusión en la doctrina alemana acerca del significado de la expresión “*Reihenfolge der Eintragungen*” del § 879 BGB. La controversia gira en torno a si se refiere al orden temporal o cronológico de práctica de las inscripciones (de acuerdo con el *Tempusprinzip: prior tempore, potior iure*), o al orden local o meramente espacial, esto es, al lugar que ocupan en el folio registral (conforme al *Locusprinzip: prior loco, potior iure*). Aunque normalmente el orden temporal o cronológico y el local o espacial coinciden, la importancia de decantarse por una u otra interpretación se pone de manifiesto en los casos de discordancia entre uno y otro orden¹⁵. Con todo, la doctrina que se inclina por la interpretación favorable al orden temporal suele señalar que para un tercero de buena fe sólo el orden local o espacial debe ser decisivo.

El rango que a un derecho real corresponde por ley o por haberlo acordado las partes, por regla general, no es inalterable en cuanto se rige por el prin-

(12) También rige en el Derecho austríaco, en el cual se concede al propietario, mientras no existe ningún crédito asegurado, un mero «derecho de disposición del rango». (§ 469 ABGB) (véase, Hofmeister, «Rangordnung der Gläubigen», en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, IV, 1986, pág. 150). Véase también lo que se dice en la nota (19).

(13) A efectos de una mejor comprensión hay que decir que en la sección tercera se encuentran los derechos reales de garantía inmobiliaria del Derecho alemán (esto es, la *Hypothek*, la *Grundschild* y la *Rentenschuld*), en la sección segunda los demás derechos reales, y en la sección primera se indican el propietario y la causa jurídico-real de adquisición de la propiedad; ver Schawab-Prutting, *Sachenrecht*, München, 1991, págs. 60 y 100; y Muller, *Sachenrecht*, Köln, 1990, pág. 241).

(14) En concreto, el § 879 BGB viene a decir que la relación de rango entre varios derechos que gravan una misma finca se determina según el orden de las inscripciones, si los derechos están inscriptos en la misma sección del Registro. Si los derechos están inscriptos en distintas secciones, tiene rango preferente el derecho inscripto con indicación de una fecha anterior; los derechos que estén inscriptos con indicación de la misma fecha tienen igual rango.

(15) Expone Kutter varios ejemplos demostrativos de ello. Creemos que basta con reproducir aquí el primero, que es el siguiente: A favor de «B» está inscrita una hipoteca. Antes de esta inscripción el registrador ha dejado, sin embargo, un espacio vacío, infringiendo lo dispuesto en la normativa registral. Más tarde inscribe una hipoteca en ese espacio a favor de «A». Si se considera decisivo el criterio de prioridad temporal, entonces tiene mejor rango la hipoteca de «B», mientras que si se estima decisivo el *Locusprinzip* es preferente la hipoteca de «A». (J. Kutter, *von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1986, pág. 181).

cipio del rango móvil. Lo que significa que los derechos de rango inferior avanzan y, en consecuencia, mejoran de rango, cuando un derecho de rango preferente se extingue. No obstante, sobre esta cuestión plantean una especial problemática los derechos reales de garantía debido, por una parte, a la institución de la *Eigentümergrundschuld* (que en la práctica la instauró el sistema de rango fijo) y, por otra, la *Löschungsanspruch* (que ha establecido la vigencia del principio de rango variable para los derechos reales de garantía).

Mas, para entender el alcance de esta problemática es menester conocer antes cuáles son los derechos reales de garantía en el Derecho alemán, por estar muy estrechamente relacionadas ambas cuestiones.

Dentro del concepto de derechos reales de garantía (*Grundpfandrechtes*) se comprenden, en Derecho alemán, la *Hypothek*, la *Grundschuld* y la *Rentenschuld* (siendo ésta última una variante de la segunda)¹⁶. Las hipotecas pueden ser de tráfico (*Verkehrshypothek*) y de seguridad (*Sicherungshypothek*). Las de tráfico, igual que la *Grundschuld*, pueden revestir a su vez dos formas: la de cédula hipotecaria (*Briefhypothek*) y la clásica de hipoteca registral (*Buchhypothek*). En el Derecho alemán, la *Briefhypothek* es idónea sobre todo para la llamada financiación intermedia (*Zwischenfinanzierung*), porque su transmisión no requiere inscripción en el Registro de la Propiedad.

Mientras la *Hypothek* es un derecho real de garantía accesorio, cuya función es la de garantizar un crédito, la *Grundschuld* puede cumplir la función de movilizar el valor del suelo, por lo que es posible su existencia autónoma con independencia de un crédito. Estamos, en este caso, ante la *isolierte Grundschuld*, para la cual no rige el principio de accesoriedad, al no presuponer la existencia de un crédito al que garantizar. Sin embargo, lo normal es que también este tipo de gravamen se constituya en garantía de un crédito, con lo que entonces estamos en presencia de la *Sicherungsgrundschuld*.

Junto a las dos modalidades de *Grundschuld*, descritas, es importante destacar que aquí nos interesa la denominada *Eigentümergrundschuld*, comúnmente conocida como «hipoteca de propietario»¹⁷, en la medida en que fundamentalmente de ella¹⁸, además de la figura de la reserva de rango, se ha servi-

(16) En la actualidad, la *Grundschuld* adquiere mayor significación a costa de la hipoteca. Sin embargo, la regulación legal más extensa se dedica a la hipoteca, declarando aplicable análogicamente dicha normativa a la *Grundschuld* el § 1192 BGB, con excepción de aquellas disposiciones que presupongan una vinculación jurídica de la hipoteca con un crédito.

(17) Cuando se extingue el crédito garantizado por una hipoteca, ésta sufre una metamorfosis y se transforma automáticamente en una *Eigentümergrundschuld* (§ 1177-1 BGB). De ahí que, para algunos autores, no resulte exagerado decir que en el Derecho alemán la hipoteca es una «*Eigentümergrundschuld* latente». Según la doctrina alemana más autorizada, en el caso de que se transmita la hipoteca, junto con el crédito garantizado, al propietario del inmueble gravado que satisfizo al acreedor hipotecario no siendo deudor personal, estamos ante una auténtica hipoteca de propietario (*Eigentümerhypothek*). (Mummler, “*Die Zwangsvollstreckung in Eigentümergrundpfandrechte*”, en *Das Juristische Buro*, 1969, págs. 795 y 796).

(18) Según Weber, un paso para la mitigación de la injusticia que conlleva el sistema de avance de puestos fue dado en el Derecho alemán con la introducción de la hipoteca de propietario, que el BGB alemán instituyó como parte esencial de la regulación legal de los derechos reales de garantía. *Das System der festen Pfandstelle*, Bern, 1929, pág. 3.

do la ley en el sistema inmobiliario registral alemán¹⁹ para procurar que el propietario conserve el rango que fue ostentado por un derecho real de garantía cuando éste desaparece (adquisición derivada de la *Eigentümergrundschild*), o para que ocupe el que va a ser ostentado por un derecho de esa clase en tanto no se constituye (adquisición originaria), evitando así que avancen y mejoren de rango los derechos reales de garantía de rango inferior. La *Eigentümergrundschild* puede ser, pues, constituida por anticipado por el propietario del inmueble, con lo que éste obtiene así un puesto con un determinado rango a su libre disposición, que puede utilizar para constituir un derecho real de garantía con el que asegurar la efectividad de un crédito cuando le interese²⁰.

En el sistema alemán, el propietario puede proceder de tres maneras diferentes cuando tiene una *Eigentümergrundschild*: puede conservarla, transmitirla a otro o extinguirla.

El propietario que decide conservar en sus manos la *Eigentümergrundschild* no puede ejecutarla forzosamente sobre su propio inmueble, pero si otro acreedor con hipoteca de menor rango, sobre el mismo inmueble, ejecuta ésta, el propietario participa de lo obtenido en la subasta según el rango correspondiente a su *Eigentümergrundschild*²¹.

El propietario también puede transmitir la *Eigentümergrundschild* como *Grundschild* o, en unión de un crédito, como hipoteca. En este caso deviene de nuevo una carga normal del inmueble a favor de un sujeto distinto del propietario. Suele efectuarse su transmisión para conseguir una financiación a corto plazo (una *Zwischenfinanzierung*), mediante la obtención de un préstamo concedido por quien resulte titular de dicha carga real.

La institución de la *Eigentümergrundschild* significa que las hipotecas de rango inferior no avanzan con el pago del crédito garantizado por la hipoteca

(19) En el Derecho austríaco el mismo resultado se consigue concediendo al propietario, cuando se extingue una hipoteca, un «derecho de disposición del rango» (*Verfügungsrecht*) conforme al § 469 ABGB, de tal suerte que los derechos sucesivos sólo avanzan y mejoran de rango cuando el propietario no hace valer su *Verfügungsrecht*.

(20) Como se indica en el texto, el propietario puede ser titular de un derecho real de garantía en su propio inmueble, bien constituyéndolo él mismo, o bien por transmitírsele un derecho real de garantía ajeno que grava su finca. El primer supuesto se da cuando el propietario constituye una hipoteca sin que haya nacido todavía el crédito asegurado, o hasta que la *Briefhypothek* se transmite al acreedor. Estamos en el segundo supuesto, entre otros, en los siguientes casos: 1º) cuando el crédito garantizado se extingue, pasando automáticamente la hipoteca como *Grundschild* al propietario. A consecuencia de ello, el Registro de la Propiedad publica un derecho incorrecto correspondiendo al propietario un derecho de rectificación del mismo. Es el caso principal en la práctica de incorrección del Registro y también es el más frecuente en cuanto al nacimiento de *Grundschild*; 2º) cuando el acreedor renuncia unilateralmente a la hipoteca y 3º) cuando se produce una consolidación de hipoteca y propiedad en la misma persona. Por ejemplo, cuando el propietario hereda al acreedor o cuando hay transmisión del inmueble gravado al acreedor.

(21) A estos efectos es ilustrativo el ejemplo expuesto por Schwab y Prutting en los siguientes términos: si una *Eigentümergrundschild* de 80.000 DM es precedida de una hipoteca de primer rango de 60.000 DM y es segunda de otra hipoteca de tercer rango de 40.000, ascendiendo el precio del remate a 160.000 DM, tiene derecho a recibir el propietario el importe total de 80.000 DM y el acreedor titular de la hipoteca de tercer rango sólo 20.000 DM (ob. cit., pág. 300).

preferente, en cuanto bajo la forma de *Grundsschuld* el puesto que ésta ocupa y su rango son mantenidos por el propietario, quien, por ello, con mayor facilidad podrá conseguir nuevas fuentes de financiación.

La *Eigentümergrundsschuld* puede ser suprimida con la intención de favorecer a los acreedores con derechos de rango posterior (que ostenten un *Loschungsanspruch*), a los cuales les está entonces permitido avanzar y mejorar el rango de sus derechos. Es ésta una cuestión de gran importancia en este trabajo, como después se verá al examinar la evolución del Derecho alemán, por lo que volveremos sobre ella con mayor detenimiento.

2.2.2. Derecho suizo

La articulación y configuración del rango en el Derecho suizo no se identifican plenamente con el sistema que rige en el Derecho alemán, razón por la cual resulta conveniente exponer brevemente lo más característico del sistema germánico en el ordenamiento jurídico suizo.

En el Derecho suizo, el rango de los derechos reales de garantía inmobiliaria viene dado por el puesto fijo (*Pfandstelle, case fixe, posto del pegno*)²² que se les asigna con la inscripción (art. 813 ZGB) o al hacer la reserva de rango²³, a diferencia de lo que sucede con los otros derechos reales, cuyo rango se rige por la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad conforme al principio de prioridad temporal²⁴. Es por ello posible constituir en el ordenamiento jurídico suizo derechos reales de garantía de segundo rango u otro ulterior

(22) Sobre la distinción entre los conceptos de rango y puesto fijo, es interesante lo que señalan Amstad, «*Gleichrangige Grundpfandrechte*», Freiburg, 1949, págs. 8 y siguientes; y Guhl, «*Über das System der festen Pfandstelle*», en *Schweizerische Juristen Zeitung*, 1914, 3, págs. 33 y siguientes.

(23) Esto es así cuando los derechos reales de garantía inmobiliaria son de orden negocial. Sobre el rango de los derechos reales de garantía legales o que tiene su origen en una sentencia judicial, véase Riemer, *Die beschränkten dinglichen Rechte*, Band II. Bern, 1986, págs. 104 y 105.

(24) En Derecho suizo, para la determinación del rango de los derechos reales (excluidos los de garantía inmobiliaria) es decisivo el momento de su constitución, que tiene lugar por su inscripción en el Registro de la Propiedad, siendo fecha esencial a estos efectos la del libro diario, ya que la eficacia de la inscripción se retrotrae a ese momento (art. 972 ZGB). Es esa fecha la que cuenta y no la posición o localización de la inscripción del derecho en el Registro. La consecuencia más destacada es la mejora de rango de los derechos reales posteriores cuando se extingue uno de rango preferente, sin que el propietario pueda utilizar el puesto que ha quedado libre, ya que hay avance de los derechos reales subsiguientes. No sucede así con los derechos reales de garantía, salvo si las partes estipulan a favor del acreedor el derecho de avanzar de rango, como veremos; ver Deschenaux, *Le Registre foncier. Traité de Droit privé Suisse*, vol. V, t. II-2., Fribourg, 1983, págs. 505 y siguientes; Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 1. Bd Zurich, 1968, págs. 19 y siguientes; Friedrich, «*Der Rang der Grundstücksrechte*», en *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 58, 1977, pág. 328, y Nussbaum, «*Dienstbarkeiten und Grundlasten in Konkurrenz mit Grundpfandrechten*», en *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 1938, págs. 2 y siguientes, y Leemann, *Sachenrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bern, 1925, págs. 774 y 780. Sobre la determinación del rango entre derechos reales de garantía y otros derechos reales limitados, véase Friedrich, op. loc. cit., pág. 329; Nussbaum, ob. loc. cit., pág. 65; Piotet, «*Dienstbarkeiten und Grundlasten*», en *Schweizerisches Privatrecht*, volumen 1, Basel, 1977, págs. 527 y 532; Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Band I, Bern, 1991, pág. 127 y Steinauer, *Les droits réels*, tomo II, Berne, 1990, págs. 272 y siguientes.

cualquiera, aunque todavía no exista el derecho de primer rango u otro anterior. Basta con indicar en el Registro de la Propiedad el importe por el cual los derechos reales preferentes responderán.

Los puestos que quedan libres pueden volver a ser ocupados más tarde, por lo que un derecho constituido con anterioridad puede ser de peor rango que otro constituido en fecha posterior²⁵. En consecuencia, cuando derechos de rango diferente han sido constituidos sobre un mismo inmueble, la desaparición de uno de ellos no provoca el avance de los que le siguen por orden de rango, ya que el propietario tiene la posibilidad de constituir después un derecho real de garantía en el puesto fijo que ha quedado libre, que tendrá el rango del extinguido y prevalecerá sobre otros constituidos con anterioridad pero situados en los puestos fijos siguientes. Un elemento esencial en el sistema de puestos fijos es la reserva de rango, es decir, la posibilidad con que cuenta el propietario de constituir ulteriormente un derecho real de garantía que prevalezca sobre otro más antiguo²⁶. La reserva de rango presupone conceptualmente el puesto fijo vacío²⁷. Representa una disposición del propietario del bien, a diferencia del puesto fijo vacío que se origina por disposición legal a consecuencia de la cancelación²⁸ de un derecho real de garantía.

No obstante, el legislador del Código Civil suizo no llevó el sistema de puestos fijos a sus últimas consecuencias, al prever excepciones al mismo²⁹. Estas son, fundamentalmente:

1. El supuesto de extinción del derecho real de garantía de naturaleza legal inscripto para asegurar créditos concedidos para la mejora del suelo rústico, pues conforme al artículo 821.2 ZGB, en ese caso entran los acreedores posteriores.

2. En la realización de valor del derecho real de garantía, el puesto fijo vacío no es tomado en consideración. En este caso, los acreedores posteriores

(25) Como observan algunos autores, puede parecer que existe en el sistema de puestos fijos previsto en el Derecho suizo para los derechos reales de garantía una derogación del principio de prioridad, porque puede prevalecer un derecho constituido con posterioridad sobre otro que fue constituido antes. Sin embargo, el puesto en el que se ubican los derechos tiene el rango que en su momento fue determinado por la fecha de su creación. En este sentido, la regla *prior in tempore, potior in iure* es salvaguardada. (Consúltese Deschenaux, ob. cit., pág. 507, y Liver, ob. cit., pág. 20).

(26) Posibilidad que resulta en el Derecho suizo, por una parte, del hecho de que, en caso de extinción de un derecho real de garantía, se origina un puesto libre y, por otra parte, del hecho de que el propietario puede constituir un derecho real de garantía de rango preferente a otros anteriormente creados, siempre que su importe no exceda del correspondiente al puesto fijo que pasa a ocupar.

(27) Éste se crea al propio tiempo que se hace la reserva en favor de un derecho real de garantía futuro.

(28) Para que un puesto fijo vacío se origine es necesaria, en todo caso, la cancelación del derecho real de garantía que se extingue y lo ocupaba, el mero derecho del propietario a la cancelación, por ejemplo, por amortización o nulidad del crédito, o por renuncia del acreedor al derecho real, no basta.

(29) Estas excepciones son extrañas al sistema de puestos fijos y encierran el peligro de hacer ilusoria, en la práctica, gran parte de las ventajas jurídicas y económicas de dicho sistema.

avanzan³⁰ y el remanente del puesto fijo vacío les corresponde a ellos según su rango (artículo 815 ZGB). De no haberlo previsto así el legislador, el importe atribuible al puesto fijo vacío correspondería al propietario, pudiendo ser agredido por la masa de acreedores en general en vez de a los acreedores hipotecarios con preferencia³¹.

3. Las partes interesadas (el propietario y el acreedor que resultará beneficiado con el avance)³² pueden acordar³³ la desaparición de un puesto fijo al extinguirse y cancelarse el derecho real de garantía inmobiliaria que lo ocupaba y el consiguiente avance del derecho posterior de esa clase del acreedor que tiene a su favor el derecho de avanzar (*Nachrückungsrecht o droit de profiter des cases libres*) (cfr. artículo 814 ZGB)³⁴. Este derecho es de naturaleza personal, pero si tiene acceso al Registro de la Propiedad ello lo dota de cierta eficacia real.

El derecho de avanzar o aprovechar los puestos fijos vacantes importa, en general, el poder de ocupar los que vayan quedando libres, sea cual fuere su rango³⁵. También se suelen vincular al *Nachrückungsrecht* mejores condiciones y contraprestaciones, tales como una rebaja del tipo de interés. El avance de un derecho real de garantía sólo puede tener lugar por el importe del puesto que ha quedado libre, a no ser que consientan otra cosa los acreedores afectados.

(30) En este caso y en el anterior, el avance tiene lugar *de pleno derecho* por ley.

(31) El artículo 815 ZGB dice que cuando un derecho real de garantía se haya constituido con un rango posterior sin que exista uno anterior o cuando el título de un derecho real de garantía anterior no haya sido utilizado, o un crédito anterior sea de una suma inferior a la inscrita, en caso de realización de valor, el remanente es atribuido a los acreedores inmobiliarios que efectivamente lo sean según su rango, sin consideración a los puestos vacantes. Como se deduce de su propio contenido, este precepto es aplicable o, lo que es lo mismo, los derechos reales de garantía inmobiliaria pueden avanzar de rango a efectos de participar en el remanente obtenido en la subasta en los siguientes casos: a) cuando existe una reserva de rango o un puesto vacío; b) cuando el propietario es titular de un derecho real de garantía del que no ha dispuesto; y c) cuando el crédito preferente es de menor importe que el inscripto.

(32) Sobre la naturaleza jurídica del *Nachrückungsrecht* dice Weber que representa una disposición anticipada del propietario sobre un eventual puesto libre a favor de un acreedor posterior. El propietario se obliga, para el caso de cancelación de un derecho real de garantía precedente, a no aprovechar para sí el puesto mejor que devendrá libre, sino a cederlo al acreedor posterior. Op. cit., pág. 74.

(33) En una cláusula del contrato en el que se establezca la garantía real o después de un contrato especial. Weber, op. cit., pág. 73.

(34) El principio propio del sistema de puestos fijos, según el cual con la extinción de una hipoteca preferente las posteriores no avanzan de rango, no es derecho imperativo, sino dispositivo, pues puede ser derogado por acuerdo de las partes, así como por renuncia del propietario al puesto fijo vacante.

(35) En el artículo 814.3 del ZGB, debe interpretarse que “*Nachrücken*” no significa “avanzar” sólo un rango, sino también aprovechar una casilla pasando por encima de otro derecho real de garantía. No obstante, las partes pueden determinar convencionalmente cómo ha de producirse el avance. En el artículo se establecen tres posibilidades: 1) Que el avance se produzca sólo respecto del puesto con el rango inmediatamente anterior. 2) El avance sucesivo. El beneficiario puede ir avanzando siempre que quede vacante el puesto precedente con mejor rango, hasta llegar al primer rango, y 3) El avance a saltos. El legitimado puede avanzar saltando a los puestos intermedios que vayan quedando vacantes, pasando por delante de los derechos que no estén legitimados para avanzar.

A pesar de las similitudes existentes entre el sistema romano de avance de puestos y la institución suiza del *Nachrückungsrecht*, ambas presentan diferencias notables. En el sistema romano, el avanzar o mejorar el rango es una cualidad inherente a la hipoteca, en cuanto se considera que grava la totalidad del inmueble sobre el que recae. El avance se produce automáticamente. En cambio, el derecho de aprovechar los puestos fijos que quedan vacantes, propio del ordenamiento jurídico suizo, es un derecho personal que los interesados pueden pactar vinculándolo a un derecho real de garantía. No es un elemento o cualidad inherente a los derechos reales de garantía y no opera automáticamente, ya que cuando queda un puesto fijo libre lo que sucede es que el propietario debe cumplir con lo pactado y el beneficiario puede exigir su cumplimiento.

El sistema de determinación del rango en el Derecho suizo, tal como sucede en el Derecho alemán, está estrechamente relacionado con los diversos tipos de derechos reales de garantía admitidos y tipificados en él³⁶. Por ello no está de más aclarar que los derechos reales de garantía en Derecho suizo son la *Grundpfandverschreibung* (*hypothèque*, *hipoteca*), la *Gült* (*lettre de rente*, *rendita fondiaria*) y la *Schuldbrief* (*cédule hypothécaire*, *cartella ipotecaria*). Los tres se han configurado en consideración a las dos funciones básicas que están llamados a desempeñar en el sistema germánico los derechos reales de garantía, la de seguridad o garantía y la de movilización del valor del suelo. Así, mientras la *Grundpfandverschreibung*, que se corresponde con la figura clásica de la hipoteca del sistema romano, sirve al fin esencial de la seguridad, por estar destinada a garantizar un crédito de cuya existencia depende la suya propia, la *Gült*, de ascendencia germánica, existe con independencia de un crédito al que garantizar. Su función estriba básicamente en permitir la movilización del valor del suelo, para lo que se incorpora en un título valor destinado a circular en el tráfico jurídico. El tercer derecho real de garantía tipificado en el Derecho suizo, la *Schuldbrief*, es una figura intermedia entre las otras dos. En la medida en que reúne elementos de la *Grundpfandverschreibung* y la *Gült* puede llegar a cumplir las funciones o fines a los que se destinan éstas.

Consecuencia de todo ello es que mientras respecto de la posibilidad de ocupar el puesto vacío en el que estaba una hipoteca, el pacto de avance de puestos no tropieza con grandes dificultades en la práctica, esa misma posibilidad referida a la *Gült* y a la *Schuldbrief*, en la medida en que éstos son dere-

(36) “En el momento de elaborar el Código Civil de 1907, el legislador suizo se encontró con la dificultad de saber si un solo tipo de derecho real de garantía era capaz de cumplir dos funciones, la de garantía y la de movilización del valor del suelo, o si, por el contrario, se imponía crear alguno más para que fuera factible el cumplimiento de cada una de ellas. Tanto por razones prácticas como por consideraciones históricas, se llegó a la conclusión de que había que separar dos cosas muy diferentes, a saber, un derecho real de garantía cuyo objeto sería simplemente asegurar el reembolso de la deuda y un derecho real de garantía inmobiliaria, que incorporaría el valor movilizado del suelo y que sería puesto en circulación. Es así como el Código Civil suizo llegó a consagrar los derechos reales de garantía que se mencionan a continuación en el texto, excluyendo cualesquiera otros.

chos reales de garantía destinados a circular en el tráfico jurídico³⁷, puede ocasionar alguna disfunción en la práctica, ya que el Código Civil suizo prevé expresamente que el propietario puede negociar de nuevo el título de esos dos derechos si vuelve a tener su posesión, lo cual es posible que suceda sin que el acreedor titular del *Nachrückungsrecht* lo sepa (cfr. artículo 863.2 ZGB).

Por otra parte, aunque en el Derecho suizo se admite la llamada hipoteca de propietario en cumplimiento de la función de asegurar el rango, ésta no es una pieza clave en la construcción del sistema suizo de puestos fijos³⁸, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán.

3. Argumentos a favor y en contra del sistema romano y del sistema germánico

No se puede afirmar rotundamente que un sistema sea mejor que el otro, pues el que un sistema resulte más adecuado o conveniente depende de las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes en un momento histórico dado. Por ello, para poder decidir cuál de los dos sistemas resulta más apropiado en nuestro país, es preciso examinar los argumentos que se invocan a favor y en contra de cada uno de los sistemas de constante referencia.

3.1. Argumentos a favor y en contra del sistema romano

El sistema latino de rango variable permite al propietario que tiene necesidad de obtener un crédito y que ofrece como garantía una hipoteca que no es de primer rango, conseguirlo más fácilmente o con mejores condiciones que si rigiera el sistema germánico, porque el nuevo acreedor cuenta con el eventual avance de puestos y consiguiente mejora futura de su situación.

El sistema romano es, además, perfectamente coherente con la responsabilidad reforzada del deudor que comportan los derechos reales de garantía. Piénsese que en el Derecho alemán, como a raíz de la ejecución forzosa de una hipoteca el propietario que tenga en sus manos una *Eigentümergegrundschild* de peor rango tiene derecho a participar en el remanente obtenido en la subasta con preferencia a otros acreedores hipotecarios posteriores, se favorece, por tanto, en detrimento de éstos a los acreedores comunes del propietario cuyos

(37) Observa Perret que el legislador suizo ha configurado la *Schuldbrief* y la *Gült* como derechos necesariamente incorporados en documentos, esto es, en títulos valores, de tal suerte que el derecho incorporado en el documento pertenece a todo propietario del mismo, como objeto mobiliario. Para dar a estos títulos la máxima movilidad, la ley autoriza que sean establecidos al portador y también a nombre del propietario, de donde se sigue que éste puede adquirir un título ejecutable contra él mismo y, en caso de necesidad, negociarlo de nuevo. “*Des droits de gage du propriétaire immobilier sur sa propre chose selon le Code Civil Suisse*”, Berne, Suiza, 1952, pág. 11.

(38) Según Leemann, el fin de la reserva de rango puede también conseguirlo el propietario mediante la constitución de una hipoteca de propietario bajo la forma de *Schuldbrief* o de *Gült*; para ello sólo tiene que ser constituido el derecho real de garantía a diferencia de la mera reserva de rango, ob. cit., pág. 783. Sobre las diferencias entre la reserva de rango, los puestos fijos vacíos y la hipoteca de propietario en el Derecho suizo, se puede consultar Gautschi, *Beitrag zur Theorie des Eigentümergegründpfandes nach Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Davos, Suiza, 1928, págs. 156 y 157.

créditos no están garantizados con derechos reales de garantía inmobiliaria y que, en consecuencia, no tienen ninguna relación directa con el bien gravado con la hipoteca que se ejecuta, al poder éstos agredir (ex artículo 1911 del Código Civil) la parte del remanente que recibió el propietario en igualdad de condiciones que los acreedores hipotecarios posteriores, los cuales sólo podrán reclamar por el crédito sin valerse de la hipoteca³⁹. En cambio, en el sistema latino, siempre cobrarán con preferencia del remanente de la subasta del inmueble gravado los acreedores hipotecarios, lo cual parece justo por tener éstos una relación directa con el bien hipotecado.

En nuestro país, dada su tradición romanista, la instauración del sistema germánico debería acompañarse de una reforma profunda del Derecho Inmobiliario Registral y del Código Civil, en el que deberían crearse nuevos derechos reales de garantía inmobiliaria, dado que, de lo contrario, podría causar graves problemas difíciles de solucionar, porque admitir la parcelación del valor de un inmueble supone negar la fuerza expansiva de la hipoteca sobre su objeto, lo cual va en contra de su configuración jurídica actual, y porque carece nuestro ordenamiento jurídico de derechos reales de garantía destinados a cumplir la función de movilizar el valor del suelo, no accesorios de un crédito y susceptibles de incorporarse en títulos valores destinados a circular en el tráfico jurídico⁴⁰, que es lo que justificaría la implantación del sistema germánico.

A lo anterior hay que añadir que la llamada hipoteca de propietario, hoy por hoy, parece inadmisibles en nuestro ordenamiento, tal como se regula en el Derecho alemán, por tener la hipoteca en nuestro derecho carácter indivisible, accesorio y producirse su extinción en caso de reunirse en una misma persona las cualidades de acreedor y propietario del inmueble (confusión)⁴¹.

Tampoco hay que olvidar que en los ordenamientos de raíz latina el sistema de parcelas de valor no se ha practicado.

En contra del sistema de avance de puestos se ha dicho que la desaparición de una hipoteca produce un enriquecimiento injusto⁴² y una ventaja inmere-

(39) En términos parecidos se pronuncia Sanz Fernández al afirmar: «la regla romana guarda perfecta armonía con las normas aplicables a la responsabilidad personal e ilimitada en caso de créditos personales: de la misma manera que el acreedor personal puede dirigirse libremente contra los bienes que adquiera el deudor después de contraída la obligación, el acreedor hipotecario puede dirigirse, y con más razón teniendo un derecho real sobre la cosa, sobre la parte de ésta que quede libre mediante la eximición de créditos anteriores; de otro modo se daría el contrasentido, aplicando el sistema germano hasta sus últimas consecuencias, de que los acreedores personales podrían dirigirse contra el puesto libre y los hipotecarios no, a menos que lo hicieran exclusivamente por el crédito, sin la hipoteca» (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1953, pág. 66).

(40) Destaca Álvarez-Caperochippi la autonomía formal del rango respecto del crédito que se observa en algunos supuestos en nuestro ordenamiento jurídico (*Curso de derechos reales*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 142 y siguientes). Véase también, Lueso, «La hipoteca, la deuda territorial y la renta inmobiliaria en Alemania», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1927, pág. 283.

(41) En el mismo sentido se pronuncia Sanz Fernández, ob. cit., pág. 67.

(42) *N. del A.*: No se trata de un caso rigurosamente técnico de enriquecimiento injusto por no concurrir alguno de los requisitos que se exigen para apreciar esta institución, ya que el desplazamiento patrimonial que se produce es conforme al derecho objetivo.

cida en favor de los acreedores cuyas hipotecas mejoran el rango, por no haber contribuido éstos al pago del crédito que la hipoteca extinguida garantizaba. Además, el acreedor fija, en general, las condiciones del préstamo y, en particular, el tipo de interés sobre la base de la garantía inmobiliaria, tal como se presenta en el momento de la constitución del derecho real de garantía. Cuando la hipoteca avanza de rango se produce entonces una desproporción entre las condiciones del préstamo que permanecen inalteradas y la garantía inmobiliaria que aumenta y se refuerza. Los acreedores subsiguientes se benefician así de un mejor rango y de un tipo de interés elevado, mientras que si el propietario desea concertar un nuevo préstamo se ve obligado a hacerlo en condiciones más gravosas y desventajosas para él. También se ha objetado al sistema de rango móvil que es poco práctico porque se grava todo el valor del inmueble con una sola hipoteca.

3.2. Argumentos a favor y en contra del sistema germánico

A favor del sistema germánico se suele alegar que responde mejor a la equidad y a la justicia porque no genera a favor de los acreedores posteriores una inmerecida ventaja a costa del propietario⁴³. Ello es así porque el propietario que ha pagado un crédito garantizado con un derecho real de garantía de rango preferente –quedando extinguido éste por esa causa– tiene la posibilidad de ofrecer a un nuevo prestamista una garantía segura, al poder disponer del rango del derecho real de garantía extinguido⁴⁴. En consecuencia, las condiciones del nuevo préstamo no serán más onerosas para el propietario que las del anterior, al estar asimismo asegurado con un derecho real de garantía inmobiliaria de igual rango.

También se puede invocar a favor del sistema germánico su idoneidad para hacer posible la movilización del valor del suelo a través de la incorporación de ciertos derechos reales de garantía inmobiliaria –dotados de un determinado rango en función del puesto que ocupan en el Registro de la Propiedad– en títulos susceptibles de circular en el tráfico jurídico, que el propietario puede conservar en sus manos para ofrecer una garantía real inmobiliaria de buen rango cuando necesite ser financiado sin tener que sujetarse a condiciones muy gravosas.

En contra del sistema germánico se ha objetado, en nuestro país, que probablemente fracasaría en la práctica por lo arraigada que está la regla romana del avance de puestos en la vida argentina, y que conceptualmente es imposible llegar de manera absoluta a la parcelación del valor de un inmueble y negar la fuerza expansiva de la hipoteca, como la de todo derecho real, sobre su objeto.

(43) Como ya hemos dicho al criticar el sistema de avance de puestos, por el mayor riesgo que corren los acreedores con créditos asegurados por derechos reales de garantía de segundo o ulterior rango, se impone al deudor el pago de un tipo más elevado de interés y, en ocasiones, una obligación de amortización anticipada, por lo que no se justifica que sin más, automáticamente, un derecho de rango inferior se beneficie de un menor rango manteniéndose inalteradas las condiciones inicialmente pactadas.

(44) Véase Roca Sastre-Roca Sastre Muncunill, ob. cit., págs. 234 y siguientes.

El sistema germánico clásico de puestos fijos es técnicamente mucho más perfecto que el romano o latino de rango variable. No obstante, en el caso de que se reconozca que ello es así, no debería ser éste el argumento determinante de la adopción de dicho sistema en Argentina, porque, como veremos, esa teórica mayor perfección del sistema germánico no ha tenido como consecuencia en la vida práctica de ciertos países en los que se halla establecido legalmente, como son Alemania y Suiza, la plena acogida que se esperaba de dicho sistema, tal como pone de manifiesto su evolución.

4. Evolución del sistema germánico en el Derecho alemán y en el Derecho suizo

A pesar de que con la instauración del sistema germánico en Alemania y en Suiza el legislador de esos países pretendió que se olvidara el sistema romano o latino de avance de puestos con la idea de eliminar los inconvenientes que del mismo se suelen señalar, lo cierto es que la evolución de sus respectivos derechos ha ido por otros derroteros, siendo ello un claro exponente de que quizá responde mejor, en general, a las exigencias de la vida práctica el sistema de rango variable o móvil. Antes de precipitarnos formulando conclusiones en un determinado sentido, parece oportuno y conveniente analizar brevemente la evolución experimentada por el Derecho alemán y por el Derecho suizo, así como su situación actual, sobre el rango registral.

4.1. Evolución del Derecho alemán

Como ya sabemos, en el Derecho alemán la llamada hipoteca de propietario impide la puesta en práctica del principio de rango móvil o de avance de puestos de los derechos reales de garantía inmobiliaria. No obstante, también en Alemania los acreedores de créditos garantizados con derecho de hipoteca tienen interés en que éstos mejoren de rango, por lo que hemos visto ello supone. Se ha evidenciado que esto es así hasta tal punto en Alemania, que se ha llegado a reconocer legalmente este interés de los acreedores en el avance de puestos de sus derechos reales de garantía inmobiliaria en el § 1179 a) BGB, según la versión dada al mismo por una ley de 22 de junio de 1977 (*Gesetz zur Änderung sachenrechtlicher, grundbuchrechtlicher und anderer Vorschriften*), que entró en vigor el 1º de enero de 1978.

Para comprender el porqué de la aparición de esta ley resulta inevitable conocer cuál fue la situación jurídica existente hasta el 31 de diciembre de 1977 en Alemania.

A finales del siglo pasado los derechos reales de garantía inmobiliaria de primer rango fueron constituidos, por regla general, a favor de instituciones de crédito de carácter público, mientras el segundo rango frecuentemente fue ocupado por derechos reales de garantía inmobiliaria constituidos a favor de prestamistas privados y especuladores que a cambio exigían unos elevados intereses y esperaban, en última instancia, hacerse dueños del inmueble en el momento de la realización forzosa de valor. Con la institución de la *Eigentümergrundschuld* el legislador impedía su innmercido avance, por lo

que a los interesados quedaba confiado el producirlo negocialmente. Para ello era necesario que los acreedores con garantía real inmobiliaria posteriores y el propietario del inmueble gravado acordaran que éste quedaba obligado a cancelar un derecho real de garantía de rango preferente en cuanto lo adquiriera bajo la forma de *Eigentümergrundschild*, tras producirse el fenómeno de la consolidación entre el dominio y el derecho real de garantía en cuestión. Este derecho a la cancelación de los acreedores posteriores podía asegurarse mediante anotación preventiva y fue, en general, designado como *Löschunganspruch* (derecho de cancelación) y la anotación correspondiente como *Löschungsvormerkung* (anotación preventiva de cancelación).

Después de la Primera Guerra Mundial la financiación de la construcción fue el centro de atención de los negocios hipotecarios. Las instituciones de crédito públicas y los bancos concedieron entonces también préstamos asegurados con derechos reales de garantía inmobiliaria de segundo o ulterior rango, a los que se imponía un tipo de interés poco más elevado que a los asegurados con derechos de garantía de primer rango. En esta coyuntura no existía una causa decisiva para excluir el avance de puestos de los acreedores subsiguientes. El derecho de cancelación y su anotación se acordaron entonces como cláusula de estilo en los contratos constitutivos de derechos reales de garantía inmobiliaria y devinieron en regla general⁴⁵. En el momento de la reforma fueron inscriptas en el 99 por ciento de los casos anotaciones de cancelación. Como consecuencia de ello, el procedimiento de inscripción resultaba extraordinariamente entorpecido y dificultado, pues eran muchos los detalles que debían constatarse y grandes los costos derivados de ello, causados sobre todo por la necesidad de inscribir la anotación de cancelación en los derechos de rango preferente. La reforma de 1º de enero de 1978 tuvo exclusivamente por fin simplificar este procedimiento⁴⁶.

El legislador acometió dicho fin en el § 1179 a) BGB (ex §§ 1192 y 1196 BGB aplicable también a la *Grundschild*)⁴⁷. Según el § 1179 a) II BG, corresponde legalmente el derecho de cancelación⁴⁸, que hasta entonces sólo tenía fundamento negocial, al acreedor titular de hipoteca de rango ulterior contra

(45) Como observa Kollhosser, lo que legalmente fue pensado como excepción devino en regla general en la práctica «*Die neuen gesetzlichen Löschungsansprüche*» (§§ 1179 a) b) 1192 BGB), *Juristische Arbertsblätter*, 1979, pág. 176.

(46) Como señalan Schwab y Prutting, con esta nueva regulación debían ser descongestionados los Registros de la Propiedad, pues la inscripción de anotaciones preventivas de cancelación a favor de acreedores hipotecarios había devenido la regla, op. cit., pág. 302.

(47) Sobre la constitucionalidad de la regulación contenida en la ley de 22 de junio de 1977 (*Gesetz zur Änderung sachenrechtlicher, grundbuchrechtlicher und anderer Vorschriften*), que entró en vigor el 1º de enero de 1978, por lo que hace a los §§ 1179 a) I y 1196 III BGB, véase la Sentencia del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) de 22-1-1987, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, págs. 2.078 y siguientes.

(48) Existen, sin embargo, ciertos supuestos en los que la cancelación no puede ser exigida; consúltese sobre esto, Wolf, *Sachenrecht*, München, 1989, pág. 325; *Eickamann Münchener, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch München*, 1986, pág. 1.692 y Konzen, op. loc. cit., pág. 1.473. Es interesante la justificación que da Kollhosser de algunos de estos supuestos, en op. loc. ult. cit., págs. 179 y siguientes.

el propietario. Ha devenido, pues, contenido legal de las hipotecas. El § 1179 a) I 3 BGB determina que el derecho de cancelación es asegurado tal como si hubiera sido inscrita al constituirse la hipoteca una anotación preventiva en el Registro. El derecho legal de los acreedores hipotecarios es así asegurado por una anotación preventiva fingida legalmente. Como la anotación no precisa un sustrato negocial, tampoco es necesaria su inscripción⁴⁹. El fin perseguido por la reforma es así logrado. Las condiciones generales de la contratación y también las estipulaciones contractuales individuales sobre el *Löschungsanspruch*, que antes se solían plasmar en los contratos relativos a hipotecas, rigen en la actualidad por ley sin necesidad de acuerdos contractuales.

En el § 1179 a) II 1 BGB, la ley confía ahora a los contratantes excluir el derecho de cancelación legal mediante negocio jurídico, con carácter general o para casos concretos. Esta exclusión representa en la actualidad un cambio negocial del contenido legal de la hipoteca.

El interés de los acreedores legitimados para ejercitar el *Löschungsanspruch* reside sobre todo en ser satisfechos con preferencia (frente al propietario titular de la *Eigentümergrundschuld*) con el precio que se obtenga en la ejecución de la finca hipotecada. Si el propietario no consiente su ejercicio, al acreedor favorecido con dicho derecho se le reconoce legitimación para interponer una acción.

La reforma del 1º de enero de 1978⁵⁰ sugiere la cuestión de por qué el legislador no ha renunciado a la institución de la *Eigentümergrundschuld*, ya que si bien es cierto que el principio del rango móvil fue eliminado por esta figura jurídica, no lo es menos que el *Löschungsanspruch*, como contenido legal de la hipoteca junto con la fingida anotación del mismo, supone ahora la supresión de la *Eigentümergrundschuld* y pone de nuevo en vigor el sistema del rango móvil. Actualmente, la *Eigentümergrundschuld* es útil todavía tras la reforma para una serie de casos prácticos.

Sirve para la llamada financiación intermedia y para salvaguardar el rango en ciertos supuestos⁵¹. Además, con la supresión de la *Eigentümergrundschuld* la regulación de la *Grundschuld* hubiera precisado una modificación. Junto a estos motivos prácticos, contra una total eliminación de la *Eigentümergrundschuld* se pronuncian también motivos de sistemática jurídica, porque esta

(49) No sucede lo mismo cuando se trata de derechos reales limitados distintos de los de garantía. Los titulares de otros derechos (de usufructo, de servidumbre, etc.) pueden pactar con el propietario, que éste, en caso de producirse una consolidación entre un derecho real de garantía y la propiedad, se obliga a cancelar la *Eigentümergrundschuld* que se origina a su favor. Pueden asegurar este derecho de cancelación de origen convencional mediante una anotación preventiva conforme al § 1179 BGB. Schwab y Prutting, op. cit., pág. 301.

(50) Sobre los problemas que plantea la nueva regulación, consúltese, Kollhosser, «*Neue Probleme bei Abtretung und Verpfändung von Grundschulden*», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1979, págs. 232 y sigs. En particular, véase Brych-Meinhard, «*Der gesetzliche Lösungsanspruch bei Rangrücktritt von Altrechten*», en *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*, 1978, págs. 138 y siguientes.

(51) La *Eigentümergrundschuld* es, en algunos casos, más práctica que la reserva de rango, porque es independiente de la constitución de un derecho gravado con la reserva; es transmisible y no puede originar ningún problema por relaciones de rango relativas.

institución garantiza la construcción de fenómenos jurídicos muy distintos y asegura con ello el orden y la claridad del conjunto del ordenamiento jurídico⁵². A todo lo anterior debe añadirse que la exclusión del *Löschunganspruch*, que tiene lugar ahora negocialmente, establece de nuevo la función clásica de la *Eigentümergrundschuld*, la cual, a la vez, deroga el principio del rango móvil.

4.2. Evolución del Derecho suizo

Hasta el momento de la entrada en vigencia del Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907, la regulación del Derecho Inmobiliario Registral sobre el rango registral en los distintos Códigos cantonales era diferente. Así, mientras ciertos cantones habían adoptado una reglamentación análoga a la del Código Civil alemán, otros (en especial los de la Suiza occidental) tenían una normativa que más bien respondía al sistema romano.

Cuando se elaboró el *Zivilgesetzbuch* de 1907, el legislador suizo, al tener que decidirse entre el sistema germánico o el latino de determinación del rango, optó por el primero, fundamentalmente porque en él, además de la función de seguridad, también cumplen los derechos reales de garantía la función de movilizar el valor del suelo y pueden incorporarse en títulos valores para circular en el tráfico jurídico⁵³.

A pesar de que la intención del legislador fue instaurar el sistema de puestos fijos admitiendo solamente la posibilidad de pactar el *Nachrückungsrecht* con carácter excepcional⁵⁴, pronto se extendió en la práctica la costumbre de incluir en los contratos constitutivos de derechos reales de garantía inmobiliaria, de forma constante y reiterada, una cláusula que concedía el derecho a avanzar de puestos⁵⁵. En la actualidad, este derecho es una condición general de los contratos que suscriben los deudores hipotecarios con los bancos⁵⁶.

(52) Según Schapp, el legislador hizo bien cuando, en ocasión de simplificar el procedimiento registral, no asumió la difícil tarea de concebir nuevamente toda la normativa sobre hipoteca y *Grundschuld* (*Sachenrecht*, München, 1989, pág. 260. Véase también de este autor, «*Die Reform des Rechts der Löschungsvormerkung und das System des Grundpfandrechts*», 1979, pág. 546.

(53) La nueva legislación (la actual) abandonó también el sistema de avance de puestos por la injusticia que suponía que el acreedor posterior se beneficiara con el avance de puestos, siendo ésta una ventaja a la que no tenía derecho, por haber ya impuesto al concertar el crédito unas condiciones más duras, intereses más elevados, penas convencionales, etc. por el mayor riesgo que significa el tener el crédito asegurado con un derecho real de garantía de segundo o ulterior rango.

(54) Con las excepciones al principio de puestos fijos, no sólo se trataba de hacer una concesión a los cantones del oeste de Suiza, donde predominó el sistema de avance de puestos ante la entrada en vigor del Código Civil suizo, de 1907, adoptando una solución transaccional, porque en el ámbito de la regulación suiza de los derechos reales de garantía, en consideración a especiales circunstancias, parece equitativo y justo conceder en ciertas ocasiones el derecho a avanzar de puestos.

(55) Como la ley no pone ninguna limitación a los motivos para establecer una cláusula de avance de puestos, existe el riesgo de que por una exagerada aplicación de dicha cláusula, la regulación fundamental devenga ilusoria, como ocurre en la realidad, lo que ha dado lugar a múltiples críticas justificadas. Bosshard, *Das Nachrückungsrecht der Grundpfandgläubiger*, Zurich, Suiza, 1948, pág. 19.

(56) Dice Bosshard que muchas instituciones crediticias no dan ningún crédito asegurado con una segunda hipoteca sin que el derecho a avanzar de puestos sea previsto, con el fin de garantizar sus intereses con todos los medios a su alcance (op. cit., pág. 19).

Se critica esta generalización de la cláusula del *Nachrückungsrecht* que, desde el punto de vista de las anotaciones de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, ha supuesto una pérdida de claridad y ha causado importantes complicaciones, razón por la cual resulta muy inoportuna e indeseable⁵⁷.

5. Conclusión

En la determinación del rango hipotecario cabe distinguir dos aspectos.

El aspecto estático es el relativo al criterio determinante del rango. En nuestro ordenamiento jurídico, este criterio, como es conocido, es el de la prioridad temporal, esto es, la fecha de inscripción de los derechos en el Registro de la Propiedad (v. gr., la que consta en el asiento de presentación).

El otro aspecto del rango, el dinámico, es el atinente a la posibilidad de alterarlo. Su alteración puede producirse, por ministerio de la ley, de tal suerte que al extinguirse un derecho real inscripto, la ley ordena el avance de los siguientes, o por la voluntad de los interesados que acuerdan su modificación.

En este trabajo, el objeto de estudio es el aspecto dinámico del rango, en concreto, su alteración por ministerio de la ley. Después de ver los sistemas de determinación del rango, los argumentos esgrimibles a favor y en contra de cada uno de ellos y la evaluación del sistema germánico en el Derecho alemán y en el suizo, tomamos posición sobre si conviene seguir manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico el sistema romano o latino de rango variable, que ha regido tradicionalmente en nuestro país, o si, por el contrario, mejor sería acoger el sistema germánico de rango fijo.

Para decidir esta cuestión habremos de tener en cuenta no sólo las razones teóricas que pueden abogar a favor de cada uno de los sistemas examinados, sino también las razones prácticas que juegan a favor de uno y otro sistema, pues no en vano, a la hora de valorar la vigencia real y utilidad de una regulación o sistema, es su aplicación en la vida práctica y su evolución lo que más ha de pesar, ya que el derecho está llamado a resolver conflictos de intereses reales.

A favor del sistema germánico se pronuncian, como hemos visto, los poderosos argumentos de ser más avanzado –al procurar la movilización del valor del suelo y el libre tráfico de los títulos en los que se incorporan derechos reales de garantía inmobiliaria– y teóricamente más perfecto, justo y equitativo, en cuanto evita un supuesto enriquecimiento injusto de los acreedores titulares de derechos reales de garantía de rango posterior al que se extingue y hace posible que el propietario consiga nuevos créditos en óptimas condiciones⁵⁸.

A estos argumentos cabe oponer que, en nuestro ordenamiento jurídico, se sigue asignando a los derechos reales de garantía inmobiliaria la función de asegurar la efectividad de un crédito sin que, al menos por el momento, se

(57) Así opinan Leemann, op. cit., pág. 790; Bosshard, op. cit., pág. 19 y Guhl, op. cit., pág. 35.

(58) Recuérdese que fueron básicamente estas consideraciones las que motivaron que el legislador suizo se inclinase por el sistema germánico, en el momento de elaborar el Código Civil suizo (ver lo explicado en la nota [36]).

sienta la necesidad de atribuirles la función de movilizar el valor del suelo, de crear derechos reales de garantía nuevos o de introducir el sistema germánico. Pensamos que la admisión de todo esto complicaría enormemente nuestro sistema jurídico inmobiliario⁵⁹ y que podría resultar muy perturbador, no sólo porque entraría en contradicción con principios vigentes en nuestro derecho, como son el carácter accesorio de los derechos reales de garantía⁶⁰ (lo que haría inevitable acometer una profunda reforma del mismo), sino también por carecer los operadores jurídicos en nuestro país de experiencia sobre la dinámica y funcionamiento del sistema germánico y por no existir una demanda generalizada por su parte en ese sentido⁶¹.

Por otro lado, no nos parece que el sistema de avance de puestos genere el reprochable enriquecimiento injusto que se le suele objetar, porque si bien es cierto que los acreedores fijan normalmente unas condiciones más gravosas para las segundas y posteriores hipotecas que para las primeras, no lo es menos que, seguramente, las condiciones serían mucho más gravosas o provocarían incluso la desaparición de las segundas hipotecas del tráfico jurídico, de no contar los acreedores con el eventual avance de puestos⁶² y consiguiente mejora de rango de sus derechos⁶³.

(59) Téngase en cuenta, además, que la gran complejidad del sistema germánico se pone de manifiesto por el hecho de que la regulación del aspecto dinámico del rango de los derechos reales de garantía es distinta de la del resto de derechos reales limitados, y que hay que coordinar ambas. Así, por ejemplo, sobre la coordinación de una y otra regulación, cuando concurren derechos reales de garantía con otro tipo de derechos reales limitados en el Derecho suizo, que los puestos fijos (estén libres u ocupados por derechos reales de garantía) se rigen por las reglas generales en sus relaciones recíprocas y en sus relaciones con las servidumbres y las cargas inmobiliarias, en particular avanzan de rango cuando una servidumbre o una carga inmobiliaria anterior se extingue o cuando un puesto fijo (libre u ocupado) que les precede es suprimido. Piottet, *Traité de Droit Privé Suisse*, tomo V, 3, op. cit., pág. 16 y *Dienstbarkeiten und Grundlasten*, en *Schweizerisches Privatrecht*, volumen 1, op. cit., pág. 532.

(60) Piénsese en que, como consecuencia del proceso de movilización del valor del suelo, al circular los títulos en los que se incorporan derechos reales de garantía, como cosas muebles, podría darse el caso de que el propietario y deudor del inmueble adquiriera él mismo el título que representa parte del valor de su inmueble, deviniendo entonces acreedor y deudor a la vez y titular de un derecho real limitado sobre su propia cosa. Sobre esto es interesante la Exposición de motivos del Código Civil suizo, donde el legislador habla con detalle de la función de movilización del valor del suelo.

(61) Sobre la función de movilización del valor del suelo y toda la problemática que comporta son muy expresivas las siguientes palabras de Perret: «Esta práctica, conocida en Alemania y en la Suiza oriental, plantea cuestiones jurídicas muy difíciles. Ha suscitado vivas e innumerables controversias, tanto en Alemania como en Suiza, y ha dado lugar a una abundante jurisprudencia del Tribunal Federal. Numerosas “construcciones” han sido propuestas, tropezando todas ellas con axiomas del derecho romano. ¿Cómo conciliar, en efecto, el establecimiento de un crédito contra uno mismo con el principio de confusión de los derechos personales?, y la creación de un derecho real de garantía sobre la propia cosa con el principio de consolidación de los derechos reales? ¿No es acaso esencial en los derechos reales limitados ser *jura in re aliena*?», op. cit., pág. 12.

(62) En este sentido es interesante destacar que cuando se pacta el *Nachrückungsrecht* en el Derecho suizo, se puede establecer una mejora de las condiciones del préstamo (ver *supra*, el epígrafe 2.2.2. Derecho suizo).

(63) En sentido parecido se pronuncia García García, op. cit., pág. 715.

Además, pensamos que es más justo que sean los acreedores hipotecarios quienes tengan preferencia para cobrar sobre el bien hipotecado frente al propietario y frente a los acreedores comunes de éste. Frente al propietario porque éste responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, porque su patrimonio es la garantía común de sus acreedores, y frente a sus acreedores comunes por la relación directa que une a los acreedores hipotecarios con el bien gravado, de la que aquéllos carecen. Así lo ha reconocido el propio legislador suizo (que, recuérdese, eligió el sistema de puestos fijos)⁶⁴ en la medida en que, como vimos, resuelve este conflicto de intereses a favor de los acreedores hipotecarios cuando tiene lugar la realización de valor, ya que en ese momento decisivo los puestos que están vacantes o libres (hasta entonces, a disposición del propietario) no son tenidos en cuenta, por lo que, en consecuencia, los derechos reales de garantía inmobiliaria de rango ulterior avanzan y mejoran de rango, sin que al propietario, por los puestos fijos vacantes, se le asigne nada (susceptible de ser agredido por sus acreedores comunes) con preferencia a sus acreedores hipotecarios.

En este contexto no podemos olvidar que el conflicto de intereses que con los sistemas de determinación del rango se intenta resolver se plantea entre el propietario y los acreedores titulares de hipotecas posteriores a la preferente, que desaparece. Si se soluciona este conflicto, dando prevalencia al interés del propietario, la desaparición de un derecho real de garantía inmobiliaria ha de provocar que el valor económico y jurídico del rango, que este derecho ostentaba, revierta al propietario, mientras en el caso contrario, de ese valor han de aprovecharse los otros acreedores hipotecarios sucesivos.

La evolución de los Derechos alemán y suizo demuestra que, en la vida práctica, dicho conflicto de intereses se resuelve a favor de quien está en mejor situación para imponer sus condiciones, esto es, a favor de los acreedores, que sólo están dispuestos a conceder créditos si sus intereses se encuentran convenientemente salvaguardados, mediante la estipulación de garantías y condiciones entre las que se halla, cuando se constituyen hipotecas, la expectativa de avanzar de puesto en el caso de desaparecer un derecho real de garantía inmobiliaria de rango preferente. Frente a los acreedores que intentan por todos los medios preservar sus intereses, el propietario necesitado de dinero, incluso en los países en que está vigente el sistema germánico, no tiene más remedio que doblegarse a las exigencias de aquéllos permitiendo el avance y mejora de rango de los derechos reales de garantía inmobiliaria, cuando haya lugar a ello. Esto es así hasta el punto de que, como hemos visto, en Alemania ese interés de los acreedores en avanzar de puestos y mejorar de rango ha encontrado reflejo legal en el § 1179 a) BGB, mientras en Suiza el sistema de puestos fijos que el legislador concibió como regla general está deviniendo la excepción en la práctica, por ser frecuente pactar el avance de puestos.

A todo lo anterior hay que añadir que las deficiencias de nuestro sistema

(64) Ver *supra* el apartado 4.2. Evolución del Derecho suizo.

pueden ser corregidas mediante la negociación del rango, admitida por la doctrina argentina con fundamento, básicamente, en los siguientes preceptos: en el artículo 1137 del Código Civil, en el que se consagra el principio de autonomía de la voluntad, en el artículo 40 de la ley 1701, del que resulta que el principio de prioridad resultante del mismo no implica una coactividad tal que impida a los interesados modificar el rango de común acuerdo; y en el artículo 3135 del Código Civil y 19 de la ley 17801⁶⁵.

La admisión de la negociabilidad del rango, en nuestro derecho, flexibiliza el sistema y permite llegar en ocasiones a situaciones similares a las del Derecho alemán, aunque no sean en todo coincidentes, por lo que nos parece innecesario e incluso inoportuno cambiar el sistema romano o latino, muy arraigado en la vida jurídica de nuestro país, por el germánico o de puestos fijos prácticamente desconocido aquí y de gran complejidad.

(65) En nuestro país se realizan negocios o convenciones sobre el rango, que son: permuta, coparticipación, posposición y reserva de rango. Raymundo Salvat llama “cesión de prioridad” la que se rige por las normas de la cesión de créditos (refiriéndose tanto a la permuta como a la posposición o cesión de rango). Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, 4ª edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Editorial Tipográfica Editora Argentina S. A., Buenos Aires, 1960, tomo IV, N° 2203, pág. 37. La coparticipación de rango se produce cuando dos o más hipotecas constituidas, o que se constituyen en ese acto, tienen el mismo rango, a pesar de tener diferentes fechas de constitución y de ingreso en el Registro. Enseña Cornejo que la coparticipación es una variante de la reserva de rango. En lugar de reservarse el derecho de constituir otra hipoteca, de grado preferente, la reserva es la de constituir otra hipoteca, de rango compartido, con la que se constituye en ese acto. Américo Atilio Cornejo, *Derecho registral*, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 137. La coparticipación de rango está contemplada en el artículo 19 de la ley 17801, que señala: “*compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida*”. Permuta de rango: es la inversión, cambio, o trueque convenido de dos rangos hipotecarios, por lo que los titulares de derechos reales acuerdan cambiar o alterar el rango que a cada uno le pertenece. Este supuesto no está previsto en la ley registral, pero se admite, siempre que expresen su consentimiento los titulares afectados, rigiéndose por las normas del contrato de cesión de derechos (artículo 1434 y siguientes del Código Civil), por escrito, (artículo 1454 del Código Civil) y reflejarse en los asientos correspondientes. Posposición: es la postergación de rango de un derecho real ya constituido e inscripta en beneficio de una hipoteca no inscripta o futura, por cuanto la escritura pública para su constitución es otorgada al mismo tiempo o después de consentida la posposición. Este procedimiento no está regulado en la ley 17801 pero se admite siempre que se cuente con el consentimiento del titular pospuesto. Reserva de rango: la reserva de rango es una variante de la posposición de hipoteca, y consiste en que una hipoteca ya se inscriba, o nazca o surja con la calidad de postergable en su rango, en beneficio de otra hipoteca futura, por haberlo reservado a ésta el propietario al constituir la hipoteca que se inscribe. La reserva de rango implica la posibilidad de que el propietario de un inmueble deje vacante el rango registral para cubrirlo en un momento posterior, de tal forma que los derechos que acceden al Registro de la Propiedad Inmueble se colocan de entrada en una posición siguiente. Tiene su razón de ser en la trascendencia que el puesto tiene sobre el valor económico del derecho, ya que no es lo mismo para los acreedores hipotecarios el lugar que ocupa su respectiva hipoteca, con respecto a otras o a otros acreedores titulares de medidas precautorias. Dicho de otro modo, es el cambio de posición registral que se inscribe (o sea, nace con la calidad de postergable de su rango y un derecho de constitución futura). Esta modalidad se aplica exclusivamente a la hipoteca, tal como lo establece el artículo 3135, segunda parte del Código Civil reformado por la ley 17711. Y se trata de la posposición de una hipoteca por otra futura, lo cual, para tener efectos registrales, el acreedor que haya de posponer el rango consienta expresamente la pérdida del rango.