

EL RANGO DE LAS HIPOTECAS* (*)

Por **Gabriel de Reina Tartière****

I. EL RANGO HIPOTECARIO: A. *Concepto y caracteres*; B. *Sistemas de rango*; C. *El rango progresivo en el ordenamiento argentino*: 1. Fundamentos; 2. Posibles excepciones: a) La reserva de rango; b) La hipoteca del condómino que, después, adquiere la entera propiedad; c) El rango de las hipotecas ineficaces por razón falencial. II. LA TERMINACIÓN DEL RANGO HIPOTECARIO: A. *La asignación del rango en el Código Civil*; B. *El criterio mantenido en la ley 17801*. III. EL RANGO HIPOTECARIO COMO OBJETO DEL TRÁFICO JURÍDICO: A. *Admisión del carácter negociable del rango hipotecario*; B. *Los negocios singulares sobre el rango hipotecario*: 1. La permuta de rangos; 2. La posposición; 3. La reserva de rango; 4. El convenio so-

*El presente estudio, publicado en *La Ley* del 26 de mayo de 2003, constituye la adaptación al sistema argentino de parte de las afirmaciones realizadas por el autor en su libro *La prioridad en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria* (Aranzadi, 2002). Muchas de ellas también aparecen expresadas en su *Manual de Derecho registral inmobiliario*, recientemente publicado por la editorial La Ley, y al que desde aquí se remite.

**Doctor por la Universidad de Oviedo (España). Profesor de Derechos Reales, Universidad Austral de Buenos Aires.

(*) Nota de la Redacción: La ley **ómnibus 24441** ha introducido una nueva reforma a nuestro Código Civil, el **artículo 76** incorporó un párrafo final al artículo 3876, en el título que se ocupa de los privilegios, estableciendo: “*Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor*”. El artículo con la nueva redacción quedaría de la siguiente manera: Artículo 3876: “*El privilegio no puede resultar sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores*”. *Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor*. Con el agregado introducido se ratifica claramente la posibilidad de las partes de “convenir” o “negociar”. Eloísa A. Baca Martínez.

bre la igualdad de rango: a) El tipo ordinario; b) La reserva de rango concurrente; 5. La postergación.

I. El rango hipotecario

A. Concepto y caracteres

El rango hipotecario expresa el criterio de graduación entre hipotecas. Se define como la cualidad de las hipotecas que les atribuye, en relación con los demás derechos que pesen sobre la finca, una mayor o menor efectividad jurídica y, consecuentemente, un mayor o menor valor económico. Su origen se encuentra en la Ley, en la aplicación del criterio de ordenación cronológica que ésta reconoce, aunque también es posible su determinación por la voluntad de los particulares. Por poner un ejemplo: si una misma finca está gravada con tres hipotecas y por impago se ejecuta la intermedia, la ejecución no podría resolverse sin atender, con preferencia, al interés manifestado por la primera; si, por el contrario, esa segunda hipoteca se cancela por cualquier otra causa, la tercera hipoteca ascenderá y ocupará su puesto, mejorando sus expectativas de cobro. Como se observa, a peor rango, mayor dependencia e incertidumbre.

En virtud del concepto que se ha ofrecido, el rango gozaría de las siguientes características:

a) *El rango es una cualidad de la hipoteca.* El rango se perfila como un atributo, variable, de la hipoteca, que, al asignarle un orden concreto de prelación, modula su contenido. No se trata de un derecho autónomo, sino de la facultad o privilegio de ejercitar con determinada preferencia un derecho¹.

b) *El rango relaciona la hipoteca con los demás derechos pendientes sobre el inmueble.* La idea de relación es fundamental para comprender el rango, pues éste encuentra su razón de ser cuando entran en colisión-concurrencia varios derechos sobre un mismo bien.

c) *El rango configura la hipoteca.* El concreto lugar ocupado en la escala registral reporta siempre una serie de consecuencias, positivas, en relación con los asientos posteriores, o negativas, respecto a los anteriores, que condicionan directamente las expectativas de realización y existencia del derecho inscrito.

d) *El rango tiene un sustrato patrimonial propio.* Si el titular mejor situado ostenta mayores posibilidades de que sus intereses sean respetados, se concluye que no será igual de interesante ocupar uno u otro rango, cotizándose el primero al alza. Por ello, en todos los sistemas se reconoce y permite la negociación sobre el rango.

B. Sistemas de rango

En atención al funcionamiento y desarrollo legislativo del rango hipotecario, es tradicional la clasificación de las legislaciones en dos grandes grupos: las de rango fijo, o por parcelas de valor, y las de rango progresivo, o de avance de

(1) Cfr. De Castro y Bravo, *Derecho Civil de España*, II-1ª, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pág. 227.

puestos. El sistema de rango fijo se sigue en aquellos ordenamientos donde la hipoteca sólo se extiende a una parte del valor de la finca, de tal manera que su cancelación registral por cualquier causa distinta de la ejecución no otorga a las hipotecas posteriores el derecho a ocupar el puesto libre, que queda a disposición del propietario.

Las raíces históricas de este sistema del rango fijo se remontan a la Grecia clásica. En este sentido, se cita una ley de Éfeso del siglo III a. C., que permitía convenir sucesivas hipotecas, en la medida en que el valor del fundo excediera del importe de las hipotecas anteriores². El objeto de tales hipotecas era, entonces, ese excedente o *hyperocha*.

En el presente, el prototipo de rango fijo es el adoptado en el Código Civil suizo de 1907 (ZGB), cuyo artículo 814 establece el llamado *prinzip der festen Stellen* (principio de las casillas vacantes). En su virtud, los acreedores hipotecarios posteriores no tendrán derecho a aprovechar el puesto de los derechos que se vayan cancelando, pudiendo el propietario constituir en él una nueva garantía. La regla general cuenta con dos excepciones, una de carácter legal y otra voluntaria. La primera consiste en que las casillas no ocupadas efectivamente se tendrán por inexistentes durante la ejecución hipotecaria (cfr. art. 815 ZGB). La segunda radica en la posibilidad de que entre el propietario y el acreedor hipotecario se pacte la entrada de éste en el rango superior para cuando quedara vacío (cfr. art. 814.3 ZGB). Los suizos denominan este tipo de convenio, derecho de avance o *Nachrückungsrecht*, el cual necesita de su inscripción para tener plenos efectos.

Por el contrario, en el sistema de rango progresivo, la hipoteca abarca desde su constitución la totalidad del inmueble, de modo que su extinción voluntaria provocará necesariamente el inmediato ascenso en la relación de rango de los derechos inscritos con posterioridad. Tiene su origen en el tratamiento dispensado por el Derecho romano clásico a la pluralidad hipotecaria. En un primer momento, la segunda o ulterior hipoteca se entendía suspensivamente condicionada a la convenida previamente, por lo que la eficacia de aquélla dependía de la extinción de ésta, o del hecho de que tras su ejecución quedara sobrante (*superfluum*) con que ser pagada. Más tarde, a mediados del siglo II d. C., la segunda hipoteca dejó de tener carácter condicional, aunque siguió considerándose subordinada al destino de la anterior³. Se comprende ahora por qué el sistema aquí analizado recibe el apelativo de romano y por qué es acogido mayoritariamente en los ordenamientos de tradición latina.

(2) Cfr. Miquel González De Audicana, «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», en *Anuario de Historia del Derecho Español* XXIX (1959), págs. 259 y ss.; Biscardi, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la Jurisprudencia clásica hasta Justiniano», en *Temas de Derecho Romano*, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 57 y ss.

(3) Cfr. De Churrua, «Pignus», en Paricio (Coord.), *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 373 y ss.

C. El rango progresivo en el ordenamiento argentino

1. Fundamentos

Como el resto de los sistemas enraizados en las fuentes jurídicas romanas, el ordenamiento argentino sigue la fórmula del rango progresivo. La extensión de la hipoteca a todo el valor de la finca, su accesividad respecto a la obligación que garantiza y la restricción de los derechos reales sobre cosa propia, son factores suficientemente concluyentes. En su contra, sin embargo, se sostiene la injusta situación que para el propietario supondría el avance automático de los acreedores hipotecarios posteriores al de la hipoteca o derecho que se cancela. Pensemos en que, como en la constitución de una segunda o sucesiva hipoteca se tiene en cuenta esa circunstancia para incrementar sus intereses, la progresión posterior del acreedor le haría enriquecerse a costa del hipotecante. Para paliar esto, Allende proponía introducir un sistema opcional de rango fijo⁴. Exactamente aconsejaba incluir un nuevo párrafo en el artículo 3934 CC que dijera: “Las partes, acreedor y deudor hipotecario, pueden sin embargo determinar que el rango hipotecario que le asigne la inscripción no se modifique aunque sea cancelada una hipoteca anterior”. Planteaba, además, la posibilidad, similar a la aludida en el citado artículo 813 del Código suizo, de que la hipoteca pudiera constituirse en segundo rango o en un rango cualquiera, siempre que la parcela de valor que se dejara libre fuera indicada en la inscripción. Con todo, mientras no se modificase la legislación vigente en ese sentido, o en otro similar, los perjuicios que al propietario causara el corrimiento progresivo de las hipotecas de rango inferior podrían evitarse pactándose la reducción del tipo de interés para cuando ese evento sucediera o la subrogación en la posición del acreedor de un tercero con el que el deudor hubiera convenido una mejora en las condiciones del préstamo originario.

2. Posibles excepciones

Se detallan a continuación algunos pasajes de la legislación a cuyo tenor podría reflejarse una cierta modulación del principio de rango progresivo. Veremos que de los tres que se mencionan, los dos primeros –la denominada reserva de rango y la hipoteca del condómino que asume la completa propiedad luego de la partición– no pueden considerarse excepciones a su funcionamiento. El tercero, situado en el marco más específico de los concursos, aunque sí lo sería, no estaría exento de crítica.

a) La reserva de rango

La ley 17711 introdujo un nuevo párrafo en el artículo 3135 CC, a cuyo tenor “al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar”. Aunque después, al tratar cada uno de los negocios sobre el rango hipotecario, se profundizará en el modo en que habría de utilizarse este recurso, el precepto debe destacarse,

(4) Cfr. «Hipoteca del propietario e institutos análogos», en *LL* 100 (1960), págs. 810 y ss.

en este momento, si se recuerdan las palabras de Spota⁵. En su opinión, a través de aquella norma el legislador habría autorizado, al estilo del sistema alemán, la hipoteca de propietario, al permitir la creación de hipotecas, sin acreedor y sin contenido, salvo en la cantidad máxima preestablecida.

Desde luego, no fue ésa la intención de la reforma. Por ella no se pretendió reconocer la hipoteca de propietario ni tampoco la posibilidad de crear rangos vacantes, esto es, asignar un rango artificial al derecho del titular que admite la reserva. En ningún caso se aprobó la generación de un rango para dejarlo vacío hasta el instante en que debiera ocuparse. Tal consecuencia ni siquiera la produciría en el ordenamiento alemán, donde no se permite crear un puesto registral sin que exista el correlativo derecho, aun a favor del dueño de la finca (sic hipoteca de propietario). La hipoteca que se inscribe con reserva goza del rango que le asignarían las reglas comunes de la prioridad, como si la reserva no se hubiera convenido, pasando al inmediatamente posterior cuando ésta fuera ejercitada.

b) La hipoteca del condómino que, después, adquiere la entera propiedad

El artículo 3124 CC establece que “cuando el copropietario que no ha hipotecado sino su parte indivisa, viene a ser por la división o licitación, propietario de la totalidad del inmueble común, la hipoteca queda limitada a la parte indivisa que el constituyente tenía en el inmueble”. El supuesto al que se refiere, sería una excepción a la regla de que la hipoteca se extiende a todo el inmueble, pero no a la del rango progresivo. Obsérvese cómo el resto de la finca no hipotecado, por no corresponderse con la cuota inicial del hipotecante, no podría servir como garantía autónoma para otros acreedores. Es decir, la segunda hipoteca que se constituyera luego de la partición habría de recaer, en cualquier caso, sobre el conjunto del inmueble.

c) El rango de las hipotecas ineficaces por razón falencial

La ley 24522, de Concursos y Quiebras, impone, como sanción para los actos que se realicen durante el período de sospecha y lesionen la expectativa de cobro del resto de acreedores, su ineficacia o inoponibilidad. Se entiende, sin necesidad de acción o petición expresa y sin trámite alguno, que el perjuicio se produce siempre que el acto en cuestión lo sea a título gratuito, exponga la anticipación en el pago de deudas cuyo vencimiento debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad, o consista en la constitución de hipoteca, prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación que, no estando vencida, en un principio no tenía esa garantía (cfr. art. 118 LCQ). En los demás casos, el acto será ineficaz, siempre que se demuestre que quien celebró el acto con el fallido conocía de la situación de cesación de pago por la que estaba atravesando (cfr. art. 119 LCQ).

Pues bien, el artículo 123 de ese cuerpo legal declara que cuando una hipoteca resultara inoponible por las razones apuntadas, los acreedores hipote-

(5) Cfr. *Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, pág. 93.

carios de rango posterior sólo tendrían prioridad por las sumas que reconocieran ese privilegio, como si aquella hubiera sido eficaz, de modo tal que las cantidades que hubiera correspondido percibir al acreedor titular de la hipoteca inoponible ingresaran al concurso. En otras palabras, el concurso quedaría colocado en el lugar del acreedor cuyo privilegio fuera declarado inoponible, ejercitando los acreedores de rango posterior su propio privilegio sobre el remanente que existiera⁶. De esta manera, al contrario de los dos supuestos anteriores, nos encontramos ante una auténtica excepción a la regla del rango progresivo.

Esta derogación del principio de avance automático ha sido fuertemente defendida por la doctrina comercialista. Se sostiene que la ineficacia no podría beneficiar a los acreedores hipotecarios de rango posterior en detrimento de la masa, única que puede ejercer la acción revocatoria⁷. Sin embargo, si se presta atención, el fundamento que late tras la previsión que se comenta subyace igualmente en todos los casos en que una hipoteca antecedente haya de perder su eficacia. Repárese en que no sólo cuando su inoperancia tuviera carácter fallencial cabría advertir el enriquecimiento de los acreedores hipotecarios con rango posterior. Por tanto, parece que el tratamiento que en torno al rango se hace en sede concursal, introduce una cierta dosis de confusión en una materia, como la relativa a las garantías reales, donde debe regir un amplio margen de estabilidad⁸.

II. La determinación del rango hipotecario

A. La asignación del rango en el Código Civil

La redacción original del artículo 3137 CC establecía como plazo para la presentación en el Registro de la escritura hipotecaria el de los seis días siguientes a su otorgamiento, tomando un día más por cada dos leguas que hubiera entre la escribanía y el Registro. Aquel plazo no impedía que la escritura pudiera ingresar más tarde, pero de su cumplimiento dependería directamente el concreto rango que hubiera de tener cada acreedor. Así, la hipoteca registrada en término tendría efecto frente a terceros desde su fecha de formalización (cfr. art. 3149 CC), mientras que si el acreedor hubiera dejado pasar ese tiempo sin solicitar la toma de razón, sus efectos se tomarían por el día en que se hubiera registrado (cfr. art. 3150 CC). De esa manera, Vélez había introducido el mecanismo de la retroprioridad.

(6) Cfr. Grispo, *Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*, III, Ad hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 423.

(7) Cfr., entre otros, Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, III, Depalma, Buenos Aires, 1981, págs. 2179-2180; Quintana Ferreira, *Concursos. Ley 19.551 y modificatorias*, II, Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 416.

(8) De esta opinión, y a favor de un cambio legislativo en el sentido de que los acreedores posteriores asciendan con regularidad al lugar dejado vacante por la hipoteca inoponible, cfr. Varni, Bermúdez et al., «Avance de rango en los acreedores hipotecarios y prendarios», en Favier Dubois, Bergel et al. (Dir.), *Derecho concursal argentino e iberoamericano. III Congreso Argentino de Derecho Concursal. I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 225 y ss.

La retroprioridad tiene como objeto conceder un adecuado margen de tiempo para instar la registración de un título, el cual, de otro modo, correría el riesgo de perder su prioridad ante otro posterior que, desconocido al tiempo en que fuera otorgado, se le anticipara en su entrada al Registro⁹. Ése era su fundamento, la protección del tráfico dentro unos parámetros mínimos de seguridad. Sin embargo, ¿hasta qué punto el primer acreedor podría imponerse sobre el segundo que se le adelantó en el Registro, cuando éste mismo no habría podido conocer, igualmente, del derecho que hubiera de oponérsele?; ¿no sería más justo que fuera el segundo en formalizar su derecho y primero en inscribirlo el que hubiera de gozar de un mejor rango si, ante una misma distancia entre la escribanía y la oficina, hubiera demostrado una mayor diligencia en el aseguramiento de sus intereses?

La opción por privilegiar al acreedor dependía exclusivamente de una decisión de política legislativa, no absoluta, que debía ceder ante soluciones más razonables. El propio Codificador así lo reconocía en el artículo 3136. Ahí advertía que “si estando constituida la obligación hipotecaria, pero aún no registrada la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerlo, un subsiguiente acreedor, teniendo conocimiento de la obligación hipotecaria, hiciere primero registrar la que en seguridad de su crédito se le haya constituido, la prioridad del registro es de ningún efecto respecto a la primera hipoteca, si ésta se registrare en el término de la ley”. Al revés, habría de entenderse que la primera hipoteca era inoponible frente al tercero de buena fe que, habiendo constituido un derecho con fecha posterior, lo registrase antes.

B. El criterio mantenido en la ley 17801

La asignación de rangos, según el Código, se basaba, como digo, en aquella cuestionable regla de la retroprioridad, pero también en la determinación supletoria de la prioridad, para cuando no se respetara el plazo de la retroprioridad, a partir del momento de la definitiva registración y no del más lógico constituido por la presentación de la escritura; como los distintos preceptos que se ocupaban de la cuestión aludían simplemente a la toma de razón del documento y no a la solicitud de inscripción o al ingreso del documento, parecía prescindirse del grado de diligencia que hubieran observado los intere-

(9) Con referencia al Derecho francés, Planiol y Ripert se expresaban sobre la utilidad de la retroprioridad del siguiente modo: “El sistema moderno presenta una laguna que no deja de ofrecer peligros: un acreedor que adquiere una hipoteca no podrá inscribirla instantáneamente; siempre corre, forzosamente, un tiempo entre el nacimiento de la hipoteca y su inscripción, ya que el acreedor tiene que llenar ciertas formalidades para obtener la entrega de su título, no hallándose siempre en el mismo municipio en que está el Registro de hipotecas. Ese intervalo puede ser fatal para el acreedor; aun cuando haya examinado el estado de hipotecas de su deudor antes de celebrar el contrato, puede quedar postergado por uno o varios acreedores que hayan procedido a la inscripción antes que él y después de haberse expedido el estado en cuestión. Sería fácil remediar este inconveniente concediendo a los acreedores un plazo corto, quince días, por ejemplo, para proceder a la inscripción y haciendo a ésta retroactiva a la fecha del contrato cuando haya sido efectuada en ese plazo” (*Tratado práctico de Derecho civil francés*, Díaz Cruz [Trad.], XIII-2ª, Cultural, La Habana, 1940, págs. 288-289).

sados, dejándose en manos del Registrador, y de su atención y competencia, el que se respetara el orden que hubieran mantenido de entrada al despacharse sus respectivos asientos.

La ley 17801, de 28 de junio de 1968, vendría a mejorar claramente esta situación. En primer lugar, habilitando la presentación como criterio subsidiario para la determinación de la prioridad (cfr. art. 19). Luego, instaurando la denominada reserva de prioridad, cuyo juego combinado con el mecanismo de la retroprioridad, habría de salvar las críticas vertidas sobre ésta. En efecto, desde su entrada en vigor, el escribano que autorice un acto de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, debe solicitar previamente una certificación al Registro en la cual consten todos los derechos inscritos y sus titulares. La certificación tiene un plazo de validez nunca superior a treinta días, garantizando durante ese tiempo la prioridad del futuro negocio. Como los terceros quedan advertidos por la anotación que de haberse expedido la certificación se toma en el folio de la finca, resulta que también lo están del plazo general de retroprioridad, ahora ampliado a cuarenta y cinco días (cfr. art. 5 ley 17801). En el caso de que no se formalizara el título anunciado durante la vigencia del certificado, el plazo de retroprioridad dejaría de serles, por idéntico motivo, oponible.

III. El rango hipotecario como objeto del tráfico jurídico

A. Admisión del carácter negociable del rango hipotecario

El fundamento de la negociabilidad del rango hipotecario es el principio de libertad de contratación. Si ostentar uno u otro puesto en la escala tabular no resulta indiferente para las expectativas económicas del titular del derecho que lo ocupa, el ordenamiento debe admitir esta clase de pactos, independientemente del valor jurídico concreto que se asigne al rango. Podría argüirse en contra de este razonamiento la naturaleza de orden público del procedimiento registral, que obligaría a rechazar la disponibilidad de sus normas.

En efecto, es cierto que en esta sede la autonomía de la voluntad tiene un estrecho margen de actuación. Sin embargo, ello no impide que quepan algunas excepciones, en materias donde la eficiencia del sistema no pueda salir perjudicada. Esto es lo que sucede con la posibilidad que se tiene de desistir de que se practique la inscripción solicitada, pero también con el rango hipotecario. A la organización registral poco le importará que tal o cual titular ostente el primer o segundo rango; tan sólo velará para que con el cambio no salgan lesionados los intereses de terceros inscritos. El criterio expuesto favorece igualmente el convenio entre dos personas cuyos títulos aún no se hayan despachado, pues parecería poco lógico que tuvieran que esperar a su definitiva inscripción para poder intercambiar su rango. Para ello bastaría con que el ingresado en primer lugar manifestara formalmente, mediante documento público o privado con firma legitimada, su renuncia a su posición de privilegio.

El segundo inciso del artículo 3135 CC permite, como se ha visto, que el propietario reserve un rango para un derecho de próxima constitución; el artículo 19 de la ley 17801, por su parte, acepta que se comparta la prioridad, el

rango, entre actos que se hubieran instrumentado simultáneamente (*sic* sucesivamente). Al margen de supuestos específicos que refieren estos preceptos, las razones antes expuestas habrían de justificar cualquier otro convenio o negocio jurídico que tuviera por objeto la alteración del rango hipotecario. En general, estos negocios presentarían las siguientes características:

a) Son negocios atípicos. Para los supuestos que contemplan, los dos preceptos reseñados admiten la facultad de los particulares de disponer del rango hipotecario que ostentan. Sin embargo, la posibilidad de que se den otros tipos junto con la circunstancia de que esas previsiones no se acompañen con una regulación mínima de las cuestiones y problemas que su implementación provocara, hacen que éstas hayan de resolverse conforme al buen criterio del intérprete.

b) Son negocios de disposición en sentido estricto, pues, salvo que remotamente se demostrara su alcance de mera administración, exigen la capacidad dispositiva del titular del derecho que vaya a posponerse.

c) Son negocios de atribución patrimonial, pues normalmente suponen una renuncia traslativa, una cesión, a título oneroso o gratuito, del puesto registral, verificada *per modum renuntiationis*, en beneficio de un titular determinado o determinable.

d) Son negocios naturalmente solemnes, dado que para que sean oponibles frente a terceros han de formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

e) Son negocios de tipo causal, los cuales no pueden considerarse como una manifestación del consentimiento formal¹⁰, ni como “un negocio librario” sin correspondencia con una causa o razón determinada, con una mutación jurídica-real externa, anterior o posterior a su inscripción, que la justifique¹¹.

f) Son, en la mayoría de las ocasiones, negocios de carácter unilateral. Para su formación resulta imprescindible el consentimiento expreso del titular del rango superior. En la permuta y en los convenios de igualdad se exigirá, además, la declaración de voluntad del otro titular, pues en ambos casos los efectos característicos del pacto derogan las reglas del sistema de rango progresivo instaurado en nuestra legislación.

B. Los negocios singulares sobre el rango hipotecario

En la práctica, pueden imaginarse cinco tipos de negocios sobre el rango: la posposición en sentido estricto –o cesión del rango entre derechos contiguos según Registro–, la permuta –o intercambio de posiciones entre derechos no inscritos consecutivamente–, la reserva de rango –o renuncia al puesto en favor de un derecho de futura constitución–, el convenio sobre la igualdad de

(10) Como llegaron a mantener Sanz Fernández (cfr. *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Reus, Madrid, 1953, págs. 29-30) o Lacruz Berdejo (cfr. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, [s. e.], Zaragoza, 1957, pág. 191).

(11) Cfr. Zumalacárregui Martín-Cordova, *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil Español*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1977, págs. 322-323.

rango o coparticipación –en virtud del cual varios titulares acordarían compartir un mismo puesto– y, por último, la postergación –o posposición de un derecho respecto a aquel otro con el que hasta ese momento venía compartiendo rango–.

1. La permuta de rangos

Por permuta de rangos se comprende el cambio de puestos entre dos hipotecas no consecutivas. Supone la cesión de rango de un titular a otro, el cual a su vez consiente, en el mismo acto, que aquél pase a ocupar el que le correspondía hasta ese momento. Se produce, entonces, un doble y recíproco movimiento en el orden legal de las hipotecas.

La esencia de la permuta no reside en su bilateralidad, esto es, en la necesidad de un acuerdo previo entre los titulares; tampoco en el hecho de que hayan de estar inscritos los derechos intervinientes. Su razón estriba, propiamente, en la falta de contigüidad que debe haber entre ellos. Si los derechos aparecieran correlativamente (en el Registro), bastaría con un acto de posposición, siendo indiferente que a él se hubiera llegado a través de un pacto entre las partes o de la sola voluntad del de mejor rango. Es justamente esta circunstancia la que demanda el acuerdo entre los interesados; téngase en cuenta que cuando no existieran titulares intermedios la fuerza motriz del sistema de avance progresivo produciría, aun sin contar con el consentimiento del favorecido, su mejora.

Aclarado este punto, cabe preguntarse sobre la corrección de denominar “permuta” a un intercambio del que únicamente se beneficia, al menos en la esfera registral, una de las partes. Si, conforme al artículo 1485 CC, la causa del contrato de permuta reside en el provecho correlativo que el cambio entre distintas cosas hubiera de producir, no se entiende muy bien el interés que tendrá en la cesión el titular de mejor rango. Repárese en que, entre las razones que mueven al titular prioritario para contratar, en ningún momento está la ocupación de un rango inferior, rango cuya valoración previa, además, se muestra de muy difícil comprensión. Por ello, el término “permuta”, para referirse al negocio sobre el rango entre dos hipotecas, sólo parece justificado por el visible y común efecto de intercambio que se produce en el Registro, pero no por su concreta naturaleza contractual, alejada tanto de aquella figura, como de cualquier otra desarrollada legalmente.

Si un tema de los que suscita la permuta de rangos preocupa, ése es el de la protección o intervención que hubiera de darles a los titulares intermedios, aquellos titulares cuyo rango es inferior a uno de los permutantes, pero superior al otro. No importan el propietario de la finca, el deudor hipotecario –cuando se tratara de una hipoteca por deuda ajena–, ni los titulares inscritos tanto antes como después de todos los derechos participantes, pues la permuta no habría de perjudicarles en sus legítimos intereses.

Al respecto, cabría mantener alguna de las siguientes posturas. La primera admite el cambio de rango pretendido dentro de los límites cuantitativos (responsabilidad máxima garantizada) y cualitativos (duración, condiciones típi-

cas, etc.) que definieran al derecho que por él hubiera de retroceder. La segunda negaría toda posibilidad para cuando estos titulares no hubieran consentido, dado que la registración del negocio violaría el principio de rango progresivo reconocido por nuestra legislación, esto es, su expectativa legal de ocupar los puestos anteriores. La tercera, a la que me adscribo, consistiría en exigir su consentimiento en todo caso, y no porque el acto implicara una derogación de las reglas del sistema de avance automático, sino porque sería muy difícil, cuando no imposible, establecer *a priori*, y menos por el Registrador, cuándo el derecho que se antepone fuera menos gravoso que el que se quiere posponer.

2. La posposición

La posposición es la renuncia al rango que hace un titular en beneficio de otro, quien mejora su posición por aplicación del sistema legal de avance de puestos. Es ésta su gran diferencia con la permuta de rangos, cuyos efectos no se producen sin la voluntad concurrente de los interesados. En la posposición, por contra, las partes negocian sobre el rango pero apoyándose en las reglas del corrimiento de escalas, sin la cual este tipo carecería de sentido. De ello se deduce la esencial contigüidad que deben guardar los derechos participantes, porque, de lo contrario, al avanzar el que hubiera nacido con peor rango no podría ocupar el lugar dejado vacante por el posponente. Por idéntica razón, no resulta preciso contar con la voluntad del favorecido, pues su progresión habría de tener lugar, en todo caso, como efecto reflejo de la renuncia del titular inmediatamente anterior.

Por lo que refiere a sus efectos, la posposición implica, al igual que la permuta, el cambio definitivo de los derechos inscritos en cuanto a su rango. Repárese en que, como para aquella hipótesis, no ha de suponer “la producción, ni siquiera momentánea, de una vacante del rango de la hipoteca que retrocede como corolario de la negociación, pues ese vacío sería ontológicamente incompatible con el funcionamiento espontáneo y fluido del sistema de rango de avance o progresivo. Lo que ocurre es un desprendimiento intencionalmente sincronizado del rango correspondiente a cada uno de los derechos que se suplantán en la escala de prioridades en que se ubica el negocio celebrado”¹². Y ese desprendimiento instantáneo encontraría fundamento en la autonomía de la voluntad que rige en materia contractual.

3. La reserva de rango

La reserva de rango, como sabemos, se halla consagrada en el artículo 3135 CC. Frente a lo que sucede con la posposición y la permuta, donde los derechos ya están inscritos o, al menos, presentados, y se invierte o intercambia la relación de rango que les corresponde, en la reserva, esa alteración no se realiza desde un principio; simplemente queda anunciada, de ahí que sea imprescindible determinar las características básicas del derecho aún no inscrito.

(12) Coghlan, *Teoría general del Derecho inmobiliario registral*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 175.

Según ya se dijo, el precepto citado nada tiene que ver con la hipoteca de propietario del ordenamiento alemán. Como mantiene Alterini, “el acreedor hipotecario que consiente la reserva es inscripto en primer grado, o en su caso en el grado que le corresponda según la prioridad cronológica (segundo grado, si hay una primera hipoteca, tercera si hay una segunda, etc.), y desde ese grado retrocederá cuando se constituya la futura hipoteca beneficiaria de la reserva, o sea que será postergado en la preferencia para el cobro”¹³. En el mismo sentido se pronuncia Adrogué, al estimar que el propietario no adquiere rango alguno, puesto que es complemento necesario de un derecho que le sirve de soporte¹⁴. También Molinario, para quien la norma habría nacido para contemplar “una estipulación a favor de un tercero indeterminado de poder gozar de un rango preeminente respecto de un derecho constituido y receptado por el Registro con anterioridad”¹⁵.

Apuntada la inserción de la reserva en el contexto superior del sistema de rango progresivo de la legislación. el tema más interesante de los que plantea, como sucedía en los casos de permuta, versa sobre el modo en que hubiera de incidir frente a terceros, particularmente frente a aquellas personas que solicitaran su registración, estando publicada la reserva. La tesis preferible pasa por reconocerle eficacia con respecto a ellos, en la consideración de que habrían tenido la oportunidad de conocer, antes de inscribir sus respectivos derechos, que, llegado el caso, se les antepondría el derecho que el Registro anunciaba. Esta interpretación descansa en el reconocimiento de la primacía de lo inscrito sobre lo no inscrito, pero, especialmente, en el único sentido que puede dársele al artículo 3135 CC, en el punto en que establece la necesidad de especificar la responsabilidad máxima de la hipoteca que hubiera de anteponerse, previsión conducente a que los terceros conozcan el alcance de las obligaciones que penden sobre la finca.

En verdad, el que hubiera inscrito su derecho, pendiente el ejercicio de la reserva, sabía sobradamente a lo que se exponía. Una de dos, o el valor del inmueble era lo suficientemente alto como para sufragar el incumplimiento de las obligaciones garantizadas por todos los gravámenes, esto es, el inscrito, el reservado y el interpuesto, o el titular de éste último se había comportado de modo ciertamente temerario al, por ejemplo, prestar dinero al deudor en tales condiciones. Difícilmente podrían considerarse perjudicados, al estilo de los terceros con asiento entre dos titulares que permutan sus rangos, pues antes de inscribir habrían tenido medios para conocer de la existencia del gravamen y del monto máximo del que la finca hubiera de responder.

Junto a este dato, no debe perderse de vista que cuando la reserva se formaliza e inscribe, el derecho que de ella se va a beneficiar aún no existe, ni tampoco resulta segura su constitución. Para la hipoteca, no habría un precontra-

(13) Cfr. «Rango hipotecario: reserva, permuta, posposición, coparticipación», en *Revista del Notariado* N° 720 (1971), pág. 2027.

(14) Cfr. «Reserva de rango hipotecario», en *LL* 137 (1970), pág. 966.

(15) «De la pretendida e inexistente hipoteca abierta en el derecho positivo argentino», *JA Doctrina*, 1972, pág. 10.

to de préstamo que garantice; ni siquiera se estaría en condiciones de identificar quién habría de ser el futuro acreedor. Se haría necesario, por ello, limitar los efectos de la reserva, sino en todos los casos, en aquellos donde los nuevos titulares no hubieran contratado de forma voluntaria con el propietario. Se trataría de una precaución admitida hasta en el seno de la ciencia hipotecaria alemana¹⁶. Este criterio defendido serviría para evitar eventuales conductas fraudulentas, cuando el título interpuesto se corresponda con un acto de naturaleza coactiva (embargos, anotaciones de demanda, etc.)¹⁷.

En cuanto a la implementación práctica de la reserva, cabe plantear la posibilidad de un ejercicio simultáneo o sucesivo por varios titulares. En el primer caso, distintos derechos la aprovecharían, a salvo de los límites que en cuanto a la total responsabilidad se hubieran señalado. En el segundo, la cancelación del derecho de quien hubiera ejercitado la reserva en primer lugar, automáticamente la rehabilitaría para un nuevo título. Como argumento favorable a ambas hipótesis podría sostenerse que entre los criterios de determinación de la hipoteca futura, el artículo 3135 CC no habría querido exigir la concreción de la persona que hubiera de ser titular. Sin embargo, la singularidad con la que se manifiestan sus términos –“otra de grado preferente”, “expresando el monto a que ésta podrá alcanzar”– y la ausencia de referencia alguna al respecto conducen a su rechazo. Por tanto, la reserva sólo podría ser ejercitada por un titular y para una sola ocasión¹⁸. Cuestión distinta sería que desde un principio la reserva se hubiera celebrado para dar acogida a varias hipotecas. Aquí, no existirían mayores inconvenientes que el de cumplir con el

(16) Según Nussbaum, “puede ocurrir que la preferencia se frustre por la inscripción de una hipoteca forzosa, que, por su naturaleza especial, se anteponga a la reserva” (*Tratado de Derecho hipotecario alemán*, Roces [Trad.], *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1929, pág. 38). Como el propio autor indica, por hipoteca forzosa ha de entenderse la hipoteca de seguridad obtenida en vía de ejecución por el acreedor que ostentara contra el propietario una sentencia firme u otro título con fuerza ejecutiva cualquiera (cfr. ob. cit., pág. 226). A esta clase de hipotecas se equiparan las llamadas de embargo. Por su parte, Sosa Moline entiende que la reserva de rango “no puede afectar los derechos de terceros anteriores a su efectivización, salvo con respecto a los que hayan contratado en forma voluntaria sobre el bien, por cuanto en este caso la publicidad registral los advertirá de ese derecho en expectativa que podrá efectivizarse sin su consentimiento” («Reserva, permuta y posposición del rango hipotecario», en *Revista del Notariado* N° 734 [1974], pág. 489). De la misma opinión Gutiérrez Zaldívar, quien considera que la anotación de embargo haría caducar el derecho a usar de la reserva (cfr. «Hipoteca: reserva, permuta, posposición de rango», en *LL* 154 [1974], pág. 999).

(17) En este sentido sobresalen algunas legislaciones locales (cfr. arts. 148 del Decreto 2.080/80, 111 de la Ley 2.087 de Neuquén o 150 de la Ley 532 de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur) que, pese a que no se refieren a este supuesto en concreto, sí lo hacen con respecto a otro análogo. A tenor de esa normativa, cuando lleguen al Registro medidas precautorias durante la vigencia de un asiento de reserva de prioridad, aquéllas habrían de inscribirse, aunque de forma condicionada. Sin embargo, y ahí radica la importancia de la regulación comentada, también se señala la obligación del Registrador de comunicar al Juez el nombre del Escribano, Magistrado o funcionario que hubiera solicitado la reserva, a fin de que pueda impedirse la instrumentación del acto definitivo o, al menos, de que se realice la consignación, a modo de garantía, del precio desembolsado para la conclusión del negocio.

(18) De esta misma opinión, cfr. Molinaro, ob. cit., pág. 10.

requisito general de declarar la responsabilidad que alcanzaría cada una. Si no se señalara el orden o rango que hubieran de guardar entre sí esas hipotecas, habría de entenderse que serían de igual rango.

4. El convenio sobre la igualdad de rango

a. El tipo ordinario

La igualdad de rango se produce cuando dos hipotecas ostentan el mismo orden de prelación. Se perfila como una situación verdaderamente contradictoria con las reglas comunes de la prioridad, que precisamente se basan en la graduación o jerarquización de los derechos en presencia¹⁹. El convenio por el que se establece la igualdad de rango puede tener lugar tanto antes como después de la inscripción de los derechos implicados. Cuando se celebra antes, solemos encontrarnos frente a supuestos de formalización conjunta de dos o más hipotecas, donde cada una está completa y singularmente identificada en cuanto a sus elementos esenciales. En tales casos, resulta posible que las partes pacten la igualdad insertando una cláusula específica en la misma y única escritura donde se instrumentan sus derechos. En realidad, podría verse como una alternativa a la formalización de un único crédito hipotecario en régimen mancomunado²⁰.

Al mismo tiempo en que pactan su igual rango, o en un momento posterior, resulta factible que los acreedores establezcan una cláusula que garantice la ejecución simultánea de todos los créditos²¹, castigando con la postergación a los acreedores que no se decidieran en ese sentido²². Para la efectividad de esa cláusula de ejecución simultánea se mostraría imprescindible, aun cuando no se hubiera previsto, que, previamente a la interposición de la demanda, se requiriera a todos los acreedores para participar en la ejecución proyectada.

(19) La igualdad de rango expone toda su especialidad, con motivo de la extinción, por causas voluntarias, de alguno de los títulos que lo disfrutaban. Es, entonces, cuando el rango se comprime en torno a los derechos aún vigentes, sin que los titulares posteriores vengan a ocupar el espacio dejado por el derecho cancelado. No nos hallaríamos ante una derogación de la regla del corrimiento escalonado promovido por el sistema de rango progresivo, sino ante una adaptación lógica a las circunstancias del caso. Como dice Alterini, “el principio de rango de avance potencial, que habilita a los hipotecarios de grados posteriores para ocupar automáticamente los rangos preferentes que hubieran quedado vacíos, se refleja también en las hipotecas concurrentes, ya que al sobrevenir la extinción de hipotecas constituidas en el mismo grado, la o las restantes se extienden automáticamente, como una suerte de «expansión lateral», para cubrir los lugares dejados por las hipotecas de igual grado, en el sentido de que en el futuro no deberán soportar esa coparticipación de rango” (cfr. ob. cit., pág. 2043, nota 159).

(20) Para esos casos de mancomunidad, de los créditos hipotecarios en régimen de cotitularidad, resultaría inexacto hablar de igualdad de rango, pues, con independencia del número de titulares y de las concretas relaciones entre ellos, sólo habría una hipoteca y, por tanto, un solo rango hipotecario.

(21) Cfr. Gatti y Chiappini, «Constitución simultánea de hipotecas de igual grado», en LL 1983-A, pág. 808.

(22) En consecuencia, se darían dos negocios distintos sobre el rango: el primero, por el que se igualan a los efectos registrales distintas cargas o gravámenes, es firme; el segundo, accesorio del anterior, se encuentra sometido a la condición de que cualquiera de los titulares permanezca pasivo ante la ejecución.

b. La reserva de rango concurrente

En la práctica, la igualdad de rango puede aparecer con relativa frecuencia de la mano de una reserva de rango previa. Me refiero a esos negocios de reserva donde se advierte que la hipoteca que por ella hubiera de aprovecharse no tendría un rango superior a la que en ese acto se conviene sino que compartiría el rango de ésta. Se trata de un recurso con cierta virtualidad en la contratación mercantil a gran escala, ámbito en el cual se configura como un instrumento de crédito para las grandes compañías, en cuya virtud se aseguran recibir nuevas cantidades de una entidad financiera a la que le resulta muy conveniente conservar el primer rango que garantiza una entrega anterior ya efectuada²³.

Esa reserva de rango de la que hablo, que por su objeto podría calificarse de concurrente, presenta idéntica utilidad en el mundo de la construcción, donde, siendo habitual que los capitales invertidos no cubran el presupuesto inicial marcado, se puede prevenir la financiación complementaria del promotor para que la hipoteca, de cuyo reintegro responda, comparta rango con la del primer préstamo. Para estos casos, Falbo le recomendaba al primer acreedor tener especial cuidado en cuanto a las condiciones según las cuales hubiera de compartirse la prioridad estableciendo, por ejemplo, el importe máximo del segundo préstamo, el plazo de su vigencia, Tribunales que resultarán competentes para intervenir en caso de ejecución, etc., si no quisiera ver afectadas la vitalidad y efectividad de su derecho²⁴.

5. La postergación

La postergación es una figura cuyo alcance no puede entenderse sin antes aproximarse a los supuestos de igualdad de rango. Exactamente consistiría en el cambio entre hipotecas del mismo rango, en el sentido de que unas se pongan a otras, de modo que los respectivos créditos ya no concurren a prorrata.

El negocio de la postergación tiene un carácter esencialmente unilateral, pues se desarrolla con prescindencia de la voluntad de quien vaya a aprovecharse; no se requiere la comunicación o notificación previa al copartícipe que como consecuencia haya de permanecer en el mejor rango. No obstante, en la práctica resultaría difícilmente imaginable que este último quedara al margen

(23) De este modo, la igualdad de rango constituye una alternativa eficaz a las llamadas hipotecas abiertas o globales, siempre que, como se ha hecho páginas atrás, se admita la oponibilidad de la reserva de rango frente a terceros. Algunos autores van más lejos y encuadran dentro de la categoría genérica de hipoteca abierta, las hipotecas con igualdad de rango y las que aseguran un crédito indeterminado pero determinable (cfr. Highton, *Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito. Hipotecas abiertas. Hipotecas por cuenta corriente bancaria. Hipotecas por deudas de renta*, Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 171 y ss.; Dumon, «Rango hipotecario», en *Ponencias al XI Congreso Nacional de Derecho Registral* [San Carlos de Bariloche, 7 al 9 de octubre de 1999], inédito, [s. p.]).

(24) Cfr. «El principio de prioridad registral en Argentina», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, 1985, págs. 744-745.

de su formalización, pues seguramente habría retribuido de alguna manera la decisión del postergante.

En cuanto a los acreedores hipotecarios posteriores, su consentimiento es innecesario, en atención a que sus intereses no han de verse afectados por el pacto, habida cuenta de que cuando se presentaron en el Registro sobradamente conocían de la existencia de varios derechos de rango único pero superior. El hecho de que cualquiera de sus titulares instara esa especie de “escisión de rango” no les ha de dar derecho, como tampoco sucede en los casos de la permuta o la posposición, a ocupar ninguna vacante²⁵. Sin embargo, ese perjuicio sí se producirá cuando los interesados aprovecharan la ocasión para modificar el contenido de sus derechos, por ejemplo, en cuanto a la cantidad asegurada o las causas de vencimiento, modificaciones estas no amparadas por el mejor rango.

La postergación se podrá reflejar en el Registro de varias formas. Cuando los derechos ya estuvieran inscritos, bastaría con hacerla constar por nota al margen del asiento común o, si cada uno tuviera uno propio, por haber acordado previamente su igualdad, al margen del postergado²⁶. Si ninguno de los derechos estuviera inscrito, lo óptimo sería convenirla directamente en la escritura de la que se pretende sea de peor rango, de modo que desde un principio se registrara con tal condición.

(25) Fragali es de la misma opinión (cfr. Voz «Ipoteca», en *Enciclopedia del Diritto*, XXII, Giuffrè, [s. l.], 1972, pág. 821).

(26) Para Rubino, la postergación puede convenirse antes o después de registrarse los respectivos derechos, pudiendo anotarse en el cuerpo de cada asiento o únicamente en el correspondiente al postergado (cfr. *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Giuffrè, Milán, 1956, pág. 392, nota 27).