

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***RANGO HIPOTECARIO: RESERVA, PERMUTA, POSPOSICIÓN,
COPARTICIPACIÓN(*) (901)***

JORGE HORACIO ALTERINI

SUMARIO

I. Introducción. - II. Principio de prioridad (en sentido amplio). 1º Concepto. Prioridad en los aspectos sustantivo y formal. 2º El principio de prioridad en el derecho comparado. A. Sistema romano. B. Sistema español. C. Sistema francés. D. Sistema italiano. E. Sistema australiano. F. Sistema alemán. G. Sistema suizo. 3º El principio de prioridad en el derecho argentino. - III. Rango de los derechos (en sentido estricto). 1º Concepto. 2º El rango y el orden público en materia de derechos reales. 3º Modificaciones de rango antes de la reforma legislativa. 4º Modificaciones de rango después de la reforma legislativa. A. Ambito. B. Reserva. a. Concepto. b. Comparación con la hipoteca del propietario. c. Comparación con la deuda inmobiliaria del propietario. d. Comparación con la hipoteca de rango convencional. e. Oportunidad. f. Alcances. g. Requisitos. h.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Oponibilidad. i. Caducidad. C. Permuta. a. Concepto. b. Requisitos. D. Posposición. a. Concepto. b. Requisitos. E. Coparticipación.

I. INTRODUCCIÓN

La ley de reforma del Código Civil N° 17711 y la ley de Registro de la Propiedad Inmueble N° 17801, complementaria de aquél, han incorporado normas que asumen particular importancia en el tema motivo de esta investigación.

La ley 17711 adicionó al artículo 3135 del Código Civil el siguiente párrafo final: "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". A su vez, el precepto que más nos interesa de la ley 17801, el artículo 19, dispone: "La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida".

Se ha despertado una escasa aunque viva polémica doctrinaria sobre la verdadera inteligencia de los textos; nos proponemos aportar nuestras ideas al respecto, con apoyo en una visión sistemática amplia.

II. PRINCIPIO DE PRIORIDAD (EN SENTIDO AMPLIO)

1° Concepto. Prioridad en los aspectos sustantivo y formal

La noción de prioridad que traducen los diccionarios de la lengua castellana o jurídicos, que la caracterizan como la anterioridad de una cosa respecto de otra, o en tiempo o en el orden⁽¹⁾(902), responde a una imagen acertada, pero que ha menester de precisiones conceptuales cuando de prioridad registral se trata.

En un sentido amplio, la prioridad alude tanto a la preferencia excluyente o de superioridad como a la preferencia de rango⁽²⁾(903). La preferencia excluyente se configura frente a derechos reales incompatibles (por ejemplo, dos dominios sobre una cosa - art. 2508 del Cód. Civil -) y por aplicación de la máxima prior in tempore potior in iure deriva en la primacía del derecho real antes inscripto en el registro, que excluye al incompatible que le suceda. Cuando los derechos reales son compatibles, es decir que pueden concurrir sobre la misma cosa (por ejemplo, dos o más hipotecas sobre un inmueble), la preferencia se llama de rango, y conduce a la prelación del derecho inscripto en primer término (infra III).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si bien se ha cuestionado el empleo del vocablo prioridad ante derechos reales incompatibles, que por tanto se excluyen, para reservarla sólo a los derechos reales que pueden coexistir(3)(904), la acepción amplia que hemos acogido no provoca ninguna deformación conceptual y es lo suficientemente plástica como para que la conveniencia de su uso asiente en razones didácticas(4)(905).

En realidad, el concepto de prioridad expuesta está pensado en el aspecto sustantivo o material, ya que también ofrece una faceta de tipo formal. La prioridad en el aspecto formal implica para el registrador la prohibición de inscribir derechos incompatibles con otros de igual o anterior fecha - cierre registral - (reflejo de la preferencia sustantiva excluyente) y la obligación de practicar los asientos según el orden cronológico de presentación de los títulos (reflejo de la preferencia de rango)(5)(906). Sanz Fernández, que reduce el instituto de la prioridad a los casos de preferencia de rango, tesis desechada, es coherente al plantear la prioridad formal como el deber del registrador de realizar los asientos según el orden en que llegaron a a oficina(6)(907).

La importancia del principio de prioridad que desarrollamos, es puntualizada por Nussbaum con estas reflexiones, válidas para la noción amplia adoptada: "El principio de prioridad es una de las columnas fundamentales... de todo buen derecho inmobiliario. Gracias a él, los que vayan a adquirir un derecho sobre una finca no tienen que preocuparse de posteriores inscripciones, pues éstas para nada les afectan. Las inseguridades a que otro régimen daría lugar quedan así desterradas, y garantizada la certeza, que es nervio del crédito territorial"(7)(908).

2° El principio de prioridad en el derecho comparado

A. Sistema romano.

Si bien en Roma no se difundió la publicidad registral, es importante exponer el panorama allí vivido, por su clara afirmación del principio del prior in tempore potior in iure, que determinaba la prelación de la hipoteca de constitución más antigua sobre las posteriores.

Esa prioridad extrarregistral en favor de la hipoteca constituida en primer término, era dejada de lado ante determinadas hipotecas privilegiadas y también por un rudimentario criterio de publicidad que estableciera el Emperador León en el año 469 de la era cristiana, en virtud del cual eran preferidas las hipotecas formalizadas por instrumentos públicos o privados suscriptos por tres testigos (quasi publicum) a las que constaran en simples instrumentos privados(8)(909).

En el derecho romano la garantía brindada por la hipoteca se extendía a todo el valor del inmueble, y los acreedores de rango inferior que quedaban postergados en su cobro por los de fecha precedente, solamente se podían cobrar con la hyperocha, o sea el saldo del precio de venta, el sobrante del valor del inmueble luego de satisfechos los primeros acreedores hipotecarios. La extensión de la hipoteca a la totalidad del valor del inmueble, era paralela al desplazamiento ascendente de las hipotecas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inferiores frente a la desaparición de las previas, que sobrevénía con el pago del crédito asegurado, o en general con la extinción del derecho real(9)(910). El movimiento de las hipotecas de grado más bajo hacia los lugares que quedaban libres de los gravámenes precedentes, conformó el llamado rango de avance, o con avance potencial(10)(911), o progresivo(11)(912), o variable(12)(913).

B. Sistema español.

El derecho hispano acoge de manera clara el principio de la prioridad a través del artículo 25 de la ley hipotecaria de 1944, que se corresponde con el artículo 26 de la ley de 1861(13)(914), cuando preceptúa: "Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos"(14)(915).

La preferencia excluyente, antes analizada (supra II, 1°), determina el contenido del artículo 17, que según la redacción de la ley de 1944 dice: "Inscripto o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los bienes inmuebles o, de los derechos reales inscriptos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el día siguiente al de la fecha del asiento"(15)(916).

La significación en España del principio estudiado, es tan relevante, que "el aforismo prior tempore potior iure. . . ha podido considerarse como símbolo de la función del registrador, al establecer el artículo 537 del Regl. hip. que este apotegma figure en las insignias del registrador, como en las del notario se dice nihil prius fide"(16)(917).

Cierta doctrina española lamenta que no se haya implantado la reserva de prioridad por cierto lapso, unida a la expedición de certificados a los efectos de determinado negocio con persona también determinada(17)(918).

Inspirado en el molde romano se pronuncia en favor del rango de avance, progresivo, o variable(18)(919), esquema que perdura más allá del intento fallido de incorporar el sistema germano de los puestos o rangos fijos, que luego trataremos (infra II, 2°, F), que procurara concretar el Anteproyecto Porcioles, antecedente de la reforma hipotecaria de 1944 - 1946(19)(920).

C. Sistema francés.

En el régimen francés - de transcripción - el principio de prioridad reviste gran importancia; sin embargo, no es correcta la afirmación de Campuzano y Horma de que su valor "es absoluto" y que "todas las ventajas se obtienen por la toma de razón, sin lograr ninguna por el fondo"(20)(921), puesto que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la inscripción no es convalidatoria y por ello no sana los vicios que pudieran acompañar a los títulos respectivos(21)(922).

Los títulos se archivan en una sección de presentaciones denominada "Registre de dépôts", donde se deja constancia del día de la inscripción y del orden en que se la recibió. El sistema posterior al decreto - ley de 1955, contempla las siguientes pautas fundamentales: 1°) si las inscripciones de las hipotecas son de fechas distintas, privará la anterior; 2°) si las inscripciones son de la misma fecha, deberá atenderse a la antigüedad de los títulos y por tanto el rango superior le cabe al título más antiguo; 3°) si las inscripciones son de la misma fecha y también los títulos llevan igual fecha, las distintas hipotecas serán concurrentes(22)(923).

La consagración del principio de prioridad registral presenta la particularidad de que no hace mérito de las diferentes horas de presentación de los títulos, con lo cual es menos concluyente que el español. Sigue el esquema de los rangos de avance.

D. Sistema italiano.

En Italia rige la prioridad registral, cuyo éxito allí se traduce en estos textos: "Cuando el acto anterior de adquisición se ha transcrito, las sucesivas transcripciones o inscripciones producen efecto según su orden respectivo. . ." (art. 2650,2° párrafo del Cód. Civil de 1942), y "El conservador (registrador) está obligado a llevar un registro general de orden en el que diariamente debe anotar, en el acto de entrega, todo título que le sea entregado para que sea transcrito, inscripto o anotado. Este registro, dividido en otras tantas casillas, debe indicar el número de orden, el día de la solicitud..." (art. 2678).

Para la fijación del rango de las hipotecas se atiende al orden cronológico de las inscripciones y no a la fecha del título, pero si las peticiones de inscripción son simultáneas tienen el mismo número, lo que lleva a su concurso en igual grado(23)(924). También aquí se aplica el rango de avance potencial.

E. Sistema australiano.

En este régimen la prioridad se determina por la fecha de presentación de los documentos al Registro y no por la fecha de la cual datan, y los títulos deben ser registrados según su orden de presentación(24)(925).

Se ha previsto un régimen que posibilita reservas de prioridades indirectas - según la terminología de Mesa Lago(25)(926)- durante un plazo muy breve. "Las reservas de prioridad mediante caveat se obtienen por toda persona que se proponga adquirir a título oneroso la finca o algún derecho del titular según el Registro, contando con el asenso de éste, y el Registro ordena aplazar, por cuarenta y ocho horas como máximo, la registración de todo documento que se presente con posterioridad a la solicitud del que pide el caveat (notificación o aviso). Esta solicitud se hace con motivo de pedir del Registro (el que solicita el caveat) un certificado informativo del mismo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debiendo hacer constar en tal solicitud las particularidades de la operación a realizar. Si durante el referido plazo el solicitante presenta cumplimentados los documentos de otorgamiento del acto en los términos previstos, es objeto el mismo de registración preferente o anterior a cualquier otro instrumento, mandato judicial o ce otro orden presentado posteriormente para su registro"(26)(927).

F. Sistema alemán.

Las bases fundamentales son desarrolladas en el § 879 del Código Civil alemán (B.G.B.), cuando norma: "El orden entre los varios derechos con que esté gravado un predio se determinará por el de las inscripciones cuando los derechos se hallen inscriptos en la misma sección del Registro de la Propiedad. Si estuviesen inscriptos en secciones diferentes se atenderá al orden de las fechas. Los que estén inscriptos en la misma fecha tendrán el mismo rango..."(27)(928).

El precepto mencionado permite sentar una distinción desde el punto de vista conceptual entre las inscripciones practicadas en la misma sección y las practicadas en secciones distintas. Cuando se trata de inscripciones en la misma sección la prioridad se establecerá según el sistema de orden por el lugar, que se expresa con la máxima prior loco, potior iure, que alguien ha calificado lisa y llanamente como sistema espacial(28)(929). Por el contrario, la modalidad clásica del principio de prioridad, al temporal, informa a las inscripciones practicadas en distintas secciones, para las cuales las preferencias se establecen por las fechas respectivas, que de coincidir tendrán el mismo rango.

Hemos hablado de una distinción conceptual entre ambas facetas de la inscripción, ya que en la práctica el distingo tiende a diluirse, porque si el registrador cumple la exigencia de que los asientos se levanten según el orden cronológico de presentación, es poco probable la discordancia entre el lugar y la fecha, discordancia que de existir se resolverá con la prevalencia del lugar del asiento(29)(930)(30).

Si bien en los derechos de raíz germánica se desarrolla la idea de la existencia de parcelas o cuotas de valor sobre una finca, las que pueden ser objeto de derechos reales distintos, con su natural correlato de los "puestos fijos", por oposición a la noción romana de que los rangos se extienden a la totalidad del valor del inmueble y del rango de avance, tal concepción fue adoptada por el Código Civil alemán con indecisión. Ubicado nominalmente dentro del criterio clásico romano, en la práctica se tiende al rango fijo frente a las numerosas excepciones al esquema tradicional que conducen a suerte de "abolición"(31)(931), y son pocos los casos en que rige el principio del rango de avance(32)(932).

Se dice que el código alemán "ha conseguido casi plenamente el resultado económico del principio de los puestos fijos", a través de los institutos de la hipoteca del propietario y de la deuda inmobiliaria del propietario(33)(933). Dichas figuras consagran la ruptura del postulado romano de que nadie puede tener un derecho real sobre la cosa propia, que se expresa para las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

servidumbres, pero con alcance general, con el aforismo nulli res sua servit(34)(934). Según Gierke(35)(935), la hipoteca del propietario es el tipo más caracterizado de los derechos reales sobre cosa propia, y hasta se afirma que es una fracción desprendida del dominio(36)(936); también se cataloga a la deuda inmobiliaria del propietario como derecho real sobre cosa propia y distinto del dominio(37)(937).

La deuda inmobiliaria, a diferencia de la hipoteca sobre cosa ajena, es un derecho abstracto por ser independiente de la existencia de un crédito principal, lo que no implica que ese crédito no pueda existir en la realidad(38)(938), pero es "totalmente irrelevante desde el punto de vista registral"(39)(939). La adquisición de la hipoteca del propietario puede estar acompañada, o no, por el crédito(40)(940).

Una de las diferencias más destacables entre la deuda inmobiliaria y la hipoteca del propietario consiste en que la primera puede ser constituida por negocio jurídico, mientras que ello no es factible en la hipoteca del propietario, ya porque "faltará el crédito personal, que es fundamento conceptualmente necesario del tipo«hipoteca» '(41)(941), ya porque as excepciones al principio del nulli res sua servit deben interpretarse restrictivamente(42)(942).

G. Sistema suizo.

La prioridad es reglada en función de las fechas de las inscripciones respectivas, con prescindencia del lugar en que ellas fueron asentadas, con lo que se aleja del molde alemán. En las hipotecas la prelación queda determinada por el número de la casilla ocupada, con abstracción de la fecha de los asientos(43)(943).

El esquema romano de la extensión de la garantía a la totalidad del valor de la cosa y del rango de avance, que el código alemán abandona en gran medida, sufre un embate mayor a través del Código Civil suizo, que reconoce la existencia de distintas parcelas de valor(44)(944). La hipoteca suiza está localizada, no sobre una parte material del inmueble, pero sí sobre una parte determinada de su valor(45)(945).

Para explicar esas casillas localizadas del valor del inmueble, se ha trazado un símil con "los cajones de una cómoda o los libros de un estante"(46)(946).

El código suizo adopta los rangos fijos, ya que por el párrafo 1° del artículo 813: "La garantía originada por la hipoteca está ligada a la casilla hipotecaria que le asigna la inscripción", y por el párrafo 1° del artículo 814: "cuando hipotecas de rango diferente son constituidas sobre un inmueble, la radiación de una de ellas no hace avanzar al acreedor posterior a la casilla libre".

El rango puede ser fijado por las partes: "Los derechos de hipoteca pueden ser constituidos en segundo rango o en un rango cualquiera a condición de que el monto por el cual ellas son preferidas sea indicado en la inscripción "(párr. 2° del art. 813), lo que ha llevado a la feliz calificación de Allende, de "rango convencional"(47)(947).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como la hipoteca posterior a la extinguida no avanza, "el propietario tiene la facultad de constituir un nuevo derecho de hipoteca en sustitución de aquel que ha sido radiado" (párr. 2º del art. 814)(48)(948). El párrafo 3º del artículo 814 norma: "Las convenciones que dan a los acreedores el derecho de aprovechar las casillas libres no tendrán efecto real si ellas no son anotadas en el registro inmobiliario"(49)(949).

No obstante la recepción del rango fijo, se alude a "una importante reserva, que supone la verdadera admisión del principio romano: aunque existan rangos o puestos libres de carácter preferente, en caso de realización del inmueble, el precio corresponde a los acreedores hipotecarios, según su rango, sin tomarse en consideración los puestos libres (art. 815)"(50)(950).

3º El principio de prioridad en el derecho argentino

En el sistema vigente que organiza la ley 17801, la norma fundamental que sienta la prioridad registral es el artículo 19, que preceptúa en su primera parte: "La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40". Dispone el artículo 40: "El Registro, por los procedimientos técnicos que disponga la reglamentación local, llevará un sistema de ordenamiento diario donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándoles el número correlativo que les corresponda".

La prioridad cronológica es complementada con la preferencia excluyente y el cierre registral que informa al artículo 17: "Inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia de la certificación a que se refieren los artículos 22 y concordantes y se lo presente dentro del plazo establecido en el artículo 50, o si se trata de hipoteca, dentro del plazo fijado en el artículo 3137 del Código Civil".

En nuestro país se han organizado satisfactoriamente las reservas de prioridad indirectas unidas a la expedición de certificados, sin que tengan cabida "la angustiosa prioridad" de la que Pelayo Hore se lamentaba en el derecho español(51)(951), ni tampoco los brevísimos plazos previstos en el derecho australiano (supra II, 2º, E).

Los certificados sobre el estado jurídico de los bienes y de las personas que los notarios están obligados a requerir del Registro (art. 23 de la ley 17801), cuyo plazo de validez contempla el artículo 24, producen los efectos previstos en el artículo 25: "Expedida una certificación de las comprendidas en los artículos anteriores, el Registro tomará nota en el folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo a que se refiere el artículo 5º, sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período hubiere despachado.

Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado". El artículo 5º norma: "Las escrituras

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

públicas, con excepción de las de hipoteca, que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días contado desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación". Nos concretamos a exponer la mecánica de los textos, porque su estudio detallado excede los límites de este trabajo(52)(952).

La prioridad cronológica ya había sido estructurada por Vélez para el único derecho real al que le impuso la inscripción registral - la hipoteca - (arts. 3134, 3135 y 3274 del Cód. Civil), con el alcance regulado por el artículo 3934, y con el efecto retroactivo a la fecha de la escritura hipotecaria contemplado por el artículo 3149, siempre que la toma de razón se efectivice dentro de los seis días de otorgada (art. 3137).

Desde ya adelantamos, por razones de simetría, que pese a la reforma del artículo 3135 del Código Civil y al contenido de la segunda parte del artículo 19 de la ley 17801, nuestro ordenamiento permanece apegado a su mentor romano, y por tanto los derechos reales se extienden a todo el valor del inmueble, lo que excluye las parcelas de valor delimitadas, y mantiene los rangos de avance, cuya defensa en el derecho español ha sido ensayada con nutrido cortejo argumental(53)(953).

III. RANGO DE LOS DERECHOS (EN SENTIDO ESTRICTO)

1° Concepto

Cuando la prioridad se proyecta sobre derechos reales compatibles, la preferencia se llama de rango y provoca la prelación del derecho inscripto en el primer término (supra II, 1°). Efectivamente, el vocablo rango traduce la idea de jerarquía, de gradación(54)(954), desde que "es un concepto de relación, imposible de concebir de modo aislado. Hay que relacionarlo con otros derechos para que surja la preferencia o inferioridad"(55)(955).

La importancia de los problemas del rango es mayor en los derechos reales de garantía (fundamentalmente en la hipoteca), que en los de goce(56)(956), y se desvanece cuando el deudor cumple voluntariamente sus obligaciones, y aun cuando su renuencia haga acudir a las vías ejecutivas, pero el precio de la subasta permita la satisfacción de todos los acreedores. Por el contrario, es evidente la trascendencia del rango cuando concurren distintas hipotecas sobre un inmueble y su precio no permite cubrir os diferentes créditos, es allí donde es relevante contar con rango preferente, porque el acreedor beneficiado por él desplaza a los restantes y se cobra primero(57)(957).

Como dice González y Martínez: "el contenido de un derecho inscripto no se altera por la posición que ocupa en la serie de inscripciones relativas a una finca; pero su valor decrece rápidamente con el número de contradictorias que, por precederle, gozan de prelación. Esta consecuencia se destaca, sobre todo, cuando se trata de hipotecas sucesivamente constituidas ...(58)(958).

Se polemiza sobre si el rango tiene un valor autónomo, o dependiente del derecho real respectivo. En el derecho alemán se ha sostenido que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conforma un "derecho adjunto e independiente que puede ser objeto de negocios jurídicos separados"(59)(959), y ésta es la postura generalmente atribuida a dicho derecho al igual que al suizo(60)(960). Sin embargo, Wolff no es tan concluyente, para quien los derechos de rango "no son derechos independientes que existan junto al derecho inmobiliario, sino parte del contenido de éste. A pesar de ello, en la actualidad es posible separar el derecho concreto de rango de su derecho inmobiliario, para unirlo a otro derecho"(61)(961).

El criterio opuesto cuenta con la adhesión de Roca Sastre, que opina que el rango no tiene un valor autónomo, pero ello no obsta para que se opere sobre él a través de negocios jurídicos(62)(962).

Creemos que el rango de los derechos reales no es un valor autónomo, sino una simple cualidad del derecho que no hace a su contenido, o sea a su esencia. Sin embargo, los principios de la extensión de la hipoteca a la totalidad del valor del inmueble y el del rango de avance potencial, se presentan como conectados con el contenido del derecho real, y por ello el acuerdo de partes no puede dejarlos de lado (ver apartado siguiente).

2° El rango y el orden público en materia de derechos reales

En el enfoque general sobre este punto, y no en lo específico de la hipoteca, seguimos las ideas que sostenemos con Gatti en otro trabajo sobre el tema. La importancia política, económica y social de los derechos reales determina que estén presididos por la noción del orden público.

Dice Vélez: "El usufructo no es una cosa de pura convención; su naturaleza esta fijada por la ley, por las consecuencias en el orden social del establecimiento de la propiedad en los bienes inmuebles ... "(nota al art. 2825). "Los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general, y especialmente la del usufructo, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares..." (nota al art. 2828).

La incidencia del orden público en los derechos reales los ubica institucionalmente entre los de familia y los personales. Los derechos de familia están organizados en integridad con miras a intereses colocados por encima de los individuos que comprende; en los derechos personales gobierna el principio de la autonomía de la voluntad limitada por las pautas del orden público y de la moral y las buenas costumbres. En los derechos reales la incidencia del orden público adquiere relevancia principal y la autorregulación de los intereses es excepcional.

La presencia del orden público en los derechos reales es dominante, pero no exclusiva. Entendemos que son exclusivamente de orden público las normas que hacen a la esencia del derecho real, que llamaremos estatutarias; encuadran aquí las disposiciones que indican cuáles son los derechos reales y los alcances de su contenido (esencia). Las normas reglamentarias atinentes a los derechos reales, no son de orden público.

En ese orden conceptual, Allende sostiene que las normas que rigen los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos reales son "sustancialmente" de orden público(63)(963), con lo que apunta a la idea de que en general son de ese carácter, y no en su totalidad. Molinario, con distinto criterio, significa que los derechos reales son "creados y organizados exclusivamente por la ley" y que "la regulación total de los derechos reales es de orden público"(64)(964). Esta última opinión sería compartible en tanto las denominadas normas creadoras, organizadoras y reguladoras, se correspondiesen con las que designamos como estatutarias.

Es reflejo del orden público el artículo 2502 del Código Civil: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer". De este artículo se deriva con evidencia que el orden público gravita en forma excluyente en la determinación de cuáles son los derechos reales ("Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley") y en la configuración de su esencia o contenido, desde que los particulares ni siquiera pueden modificar los derechos reales admitidos por la ley (2ª parte). Trascienden de la vigencia necesaria del orden público los preceptos reguladores de los derechos reales con carácter meramente reglamentario, de aplicabilidad supletoria.

El artículo 2669 en materia de dominio revocable, después de formular el principio general de que la revocación opera con efecto retroactivo al día de la adquisición de ese dominio, expresa que ello ocurrirá si no existe disposición expresa en contrario en la ley, "o en los actos jurídicos que la establecieron" - la revocación -. El artículo 2672 insiste en esa solución al referirse al supuesto en que la revocación carece de retroactividad "por disposición expresa en los actos jurídicos que constituyan el dominio revocable".

La obligación impuesta por el artículo 2851 al futuro usufructuario de dar fianza, "puede ser dispensada por la voluntad de los constituyentes del usufructo", según prevé en su parte final. El artículo 2862, después de establecer: "Los derechos y las obligaciones del usufructuario son los mismos, sea que el usufructo venga de la ley o que haya sido establecido de otra manera, salvo las excepciones resultantes de la ley", agrega: "o de la convención". Es decir, que los particulares pueden ordenar los derechos y obligaciones del usufructuario - y también del nudo propietario - en términos diferentes a los de la ley, en tanto no se afecte el ámbito estatutario de ese derecho real. La convención, o en su caso la disposición de última voluntad (art. 2812, inc. 2º), pueden modificar la reglamentación supletoria del derecho de usufructo(64bis)(965).

Ese esquema del usufructo rige también en principio para el uso y la habitación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2952 del Código Civil: "El uso y el derecho de habitación son regidos" en primer lugar" por los títulos que los han constituido", y sólo "en su defecto, por las disposiciones siguientes" (arts. 2953 y sigts).

Para las servidumbres el artículo 3019 preceptúa que su extensión se arregla "por los términos del título de su origen", y en su ausencia, "por las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

disposiciones siguientes " (arts. 3020 y sigts.).

En la prenda el titular del derecho real - acreedor prendario - no puede servirse de la cosa (art. 3226 in principium), y su derecho se limita a retenerla hasta ser pagado de la deuda (arg. art. 3238); sin embargo, es factible que el deudor consienta que el acreedor use la cosa prendada (art. 3226 in fine).

En la anticresis corresponde la compensación de los frutos con los intereses, "si nada hay convenido entre las partes" (art. 3247).

Los derechos reales de garantía legislados por el Código Civil exhiben un ejemplo elocuente de la existencia paralela de normas de orden público y de preceptos sin ese carácter. Ciertos pactos están prohibidos (arg. art. 3169, 2ª parte, arts. 3222 y 3252), otros, permitidos (arts. 3223 y 3253).

Las proyecciones del orden público en los derechos reales, que se traducen en el principio del numerus clausus, impiden no sólo la creación de derechos reales distintos a los previstos por la ley, sino también la modificación de los que admite. La imposibilidad de modificar los derechos reales permitidos está implícita en la 2ª parte del artículo 2502 del Código Civil, cuando hace tema de las consecuencias de la constitución de derechos reales no admitidos, o de la modificación de los reconocidos.

Si el numerus clausus importa la fijación por la ley de la extensión del contenido, la modificación de esa amplitud atentaría contra él, porque implicaría la creación de un derecho real no reconocido.

De lo que se lleva dicho se infiere que a cuestión a dilucidar en cuanto al rango de la hipoteca es determinar si hace al contenido del derecho real, porque en caso afirmativo no estarían permitidos negocios sobre el mismo, dado que llevarían a una modificación del contenido que la ley no faculta a los particulares. Si el rango de la hipoteca trasciende de su contenido, dichos negocios serían posibles, en principio, siempre que no alteraran las notas esenciales de la extensión de la hipoteca al valor total del inmueble y del rango de avance potencial.

El funcionamiento del derecho real de hipoteca supone que ella tenga un emplazamiento, que ocupe un lugar en el orden jerárquico, en definitiva que tenga un rango, y es inconcebible una hipoteca sin una categoría de prelación. Eso es lo que quiere el legislador, pero más allá de la exigencia de cierta prelación, las partes pueden acordar cambios de rango sin violentar el contenido del derecho real de hipoteca, que en todo caso revelará su inconvencida fuerza real a través de la acción hipotecaria erga omnes(65)(966).

El cambio de rango de una hipoteca es solamente mutación del grado(66)(967)y hasta se ha creído "absurdo" negar su posibilidad(67)(968), aun en ausencia de norma expresa(68)(969).

Son terminantes las consideraciones de Maiorca, cuando sostiene: "No es que la cualificación del grado no sea esencial para la inscripción y también para la existencia de la hipoteca. El grado, o rango, es esencial; mas no lo es que sea uno u otro rango, y por ello no es esencial el mantenimiento de la inscripción en un grado mejor que otro. La mutación del grado no comporta por sí una mutación de la titularidad de la acción hipotecaria. La acción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipotecaria que el acreedor pospuesto hace valer, aunque en rango diverso, es siempre la acción hipotecaria estructuralmente conexa a la hipoteca, funcionalmente conexa con el crédito cuya titularidad queda inmutada. Por tanto, la permuta de rango en sí y por sí, no supone un suceso modificativo de la hipoteca... Se modifica solamente el modo de ser de la prelación"(69)(970).

Así como pensamos que están permitidos los negocios sobre modificación de rango de la hipoteca, desde que no ingresan en la órbita "estatutaria" del derecho real, y cuyas diversas modalidades analizaremos luego (infra 3º y 4º), de igual modo, creemos, que la voluntad de los particulares es impotente para acordar hipotecas que se extiendan a determinadas "parcelas de valor" del inmueble, y no a su totalidad, o su paralelo de los rangos fijos.

El milenar sistema romano de la extensión de la hipoteca al valor total del inmueble y del rango de avance potencial, que se proyectó en el derecho español, llegó a nuestro Código Civil a través del derecho patrio y de la influencia francesa. Ese sistema hace al contenido del derecho real de hipoteca, a su esencia, y en tal medida, los particulares, antes y después de la reforma legislativa, deben respetar esa faz "estatutaria" de la hipoteca argentina(70)(971).

El ordenamiento no tenía ni tiene una norma de habilitación a los particulares para que sustraigan a la hipoteca concertada el rasgo del rango de avance potencial.

Nos hacemos cargo de la posibilidad de que se arguya que la indivisibilidad de la hipoteca es un carácter natural y con ese punto de partida se concluya de manera distinta a la propuesta.

La indivisibilidad de la hipoteca está contemplada en la norma general del artículo 3112 y en sus concordantes artículos 3113, 3114, 682 y 3188 del Código Civil y se formula así: "La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella" (primer párrafo del art. 3112). A la luz de la nota al artículo 3112 es indiscutible que la indivisibilidad es de la naturaleza y no de la esencia de la hipoteca; allí se lee: "El carácter de la indivisibilidad inherente a la hipoteca no es de su esencia, y por consiguiente se puede modificar por el contrato los efectos de la indivisibilidad".

Con apoyo en que la indivisibilidad es un carácter natural de la hipoteca, las partes podrían acordar la divisibilidad en cuanto al inmueble (o sea, que los distintos inmuebles se enajenen por separado, o que se practique la división en lotes del inmueble divisible - art. 2326, según la redacción de la ley 17711 -), o la divisibilidad en cuanto al crédito (es decir, que los pagos parciales permitan la extinción parcial del crédito y lleven a su cancelación parcial). La divisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito, o en cuanto al inmueble, ante el convenio de partes, tal cual la concibió Vélez, genera los efectos vistos y trasciende de los principios de la inexistencia de parcelas de valor y del rango de avance, que no pueden ser removidos por los particulares.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3° Modificaciones de rango antes de la reforma legislativa

Bajo el ordenamiento civil que organizó Vélez, existían profundas discrepancias doctrinarias entre los autores que se ocupaban del tema.

Es evidente que sobre la cesión del crédito hipotecario (de la obligación principal con su accesorio de la hipoteca) no podían existir dudas, atento a lo normado por el artículo 1458 del Código Civil del título de la cesión de créditos: "La cesión comprende... todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda...", ya que como dice el artículo 524 en su parte final: "accesorios de la obligación vienen a ser, no sólo las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o hipoteca"(71)(972).

Machado dice que si "un acreedor quirografario del deudor cambia su rango con el acreedor hipotecario, pasando a tener hipoteca por la cantidad que esta garantía, y quedando el cedente como quirografario; todavía en este caso se trata de un cambio de papeles que a nadie puede dañar, desde que el cesionario ejercerá su derecho de hipoteca por la cantidad que esta garantía, artículo 3189"(72)(973). Por el contrario, con apoyo en el artículo 3120, concluye que está prohibido que el acreedor hipotecario ceda su hipoteca "a otro que no es acreedor del deudor"(73)(974).

Según Salvat, dado el carácter accesorio de la hipoteca y lo dispuesto por el artículo 3120, están prohibidas la cesión de la hipoteca y la cláusula llamada de "subrogación de hipoteca", por la cual "yo, acreedor hipotecario de Pedro, confiero a otro acreedor de éste el derecho de ejercer los derechos que nacen de mi hipoteca, hasta el importe de mi crédito", y permitidas las cesiones de prioridad(74)(975). A este esquema adhiere Argañaraz, anotador de Salvat(75)(976).

Cammarotta afirma simplemente que "del carácter accesorio de la hipoteca deriva la imposibilidad de ser transmitida sin el crédito al cual accede"(76)(977)y para Prayones, Dassen y Laquis, "no se puede ceder o transmitir la hipoteca con independencia del crédito"(77)(978).

Fernández se coloca en postura restrictiva y niega la posibilidad de la cesión de la hipoteca, de la "subrogación de hipoteca" y hasta de las cesiones de prioridad, "porque en el fondo la cesión de prioridad importa la separación de la hipoteca del crédito y su transmisión a otro acreedor para garantizar su acreencia... la voluntad de las partes y consiguiente libertad de las convenciones, se encuentran considerablemente restringidas(77bis)(979). Se limita a admitir el instituto que el derecho francés conoce como "promesa de abstención", por el cual el acreedor hipotecario renuncia su preferencia en favor de otro acreedor hipotecario, o no, quien siempre se verá postergado por los restantes acreedores de rango superior, afirma que "se trata sólo de una renuncia o abstención en beneficio de un acreedor de grado inferior, que no por ello se coloca en el rango del renunciante. Por consiguiente, nada se opone a su validez en nuestro derecho"(78)(980).

Spota cree que la reserva de rango "podría entenderse admitida por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Código Civil antes de su reforma y en razón del efecto del principio de la autonomía de voluntad contractual"(78bis)(981).

Pensamos que además de la cesión del crédito hipotecario, con Vélez eran posibles las cesiones de prioridad y las promesas de abstención, pero no las cesiones de hipoteca, ni siquiera disimuladas como "subrogaciones de hipoteca".

La condición de derecho accesorio de una obligación que reviste la hipoteca (arts. 524, 3108, 1458, 3187, etc., del Cód. Civil), impide su cesión con independencia del crédito que garantiza. Vélez afirma rotundamente, que "el derecho de hipoteca puede así ser vendido; pero solamente con el crédito del cual es accesorio" (párrafo segundo de la nota al art. 1327; compárese con el párrafo final de la nota al art. 1445). Tampoco caben las "subrogaciones de hipoteca", en tanto envuelven una cesión de hipoteca(79)(982), que es imposible con abstracción del crédito asegurado. En el derecho francés se ha sostenido la viabilidad de esas operaciones que entendemos prohibidas por Vélez, a través de una norma paralela a la del artículo 803 de nuestro código, el artículo 1278 del Código Civil francés(80)(983). Dice el artículo 803 del Código Civil: "La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias. El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha". Si con fundamento en ese artículo 803 se pretendiera desarrollar conclusión similar a la de cierta doctrina gala, ella sería inconsistente. Si bien el acreedor hipotecario que nova su obligación con el deudor (lo que implica la extinción de la anterior y el nacimiento de una nueva), puede "reservarse" dicha hipoteca para garantizar la nueva obligación, el facultamiento legal desaparece "si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación" (art. 804 del Código Civil). La "reserva" de hipoteca reconocida por el artículo 803, obedece a razones prácticas que hacen prescindir de una nueva constitución de hipoteca sobre la nueva obligación, cuando la extinguida por la novación ya estaba asegurada con ese derecho real. Si con esta norma se hubiera pretendido flagelar el carácter accesorio de la hipoteca y abrir paso a su cesión con independencia del crédito, carecería de sentido que la "reserva" de hipoteca no funcionase cuando el inmueble pertenece a un tercero (art. 804). Si se arguyese que aun en el supuesto del artículo 804 la "reserva" cabría con consentimiento del tercero titular del inmueble hipotecado, se debería contestar que esa sería otra circunstancia más para excluir la idea de "cesión de hipoteca"), porque la cesión de los derechos (art. 1444 del Cód. Civil) no ha menester del consentimiento de quienes los soportan (art. 1459 del Cód. Civil).

Las razones dadas para la prohibición de ceder la hipoteca sin el crédito alcanzan a las cesiones a acreedores del deudor o a terceros (Machado limita la prohibición al último caso). No obstante, no nos parece adecuado el argumento que se invoca en orno del artículo 3120 del Código Civil; la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prohibición de que se hipotequen los derechos hipotecarios responde a la necesidad de que el objeto de ese derecho real sea una cosa inmueble (arts. 3108, 3109, 3131 y concordantes del Cód. Civil) y no adelanta criterio sobre la cesión de la hipoteca, donde el problema del objeto no se haría presente, ya que tanto la hipoteca del cedente, como la del cesionario, recaerían sobre el mismo objeto: una cosa inmueble.

En función del criterio adoptado sobre la relativa incidencia del orden público en los problemas de rango, las "cesiones de prioridad" podían concretarse aun sin una específica autorización legal, por el juego del acuerdo de las partes (art. 1197), que al operar en ese ámbito no conmueve la faz estatutaria del derecho de hipoteca (supra III, 2º).

Dicen con claridad Baudry Lacantinerie y Loynes, que: "La cesión de prioridad no opera una cesión o una transmisión de la hipoteca; ella sólo produce una simple intervención de rango; difiere, pues, profundamente de las cesiones de hipoteca. Por otra parte, el beneficiario de esa convención sólo puede aprovecharla si ha conservado su propio derecho hipotecario. Es la consecuencia de la misma naturaleza de la operación, tal como la hemos definido. Ella se distingue de igual modo de la subrogación de hipoteca"(81)(984).

Iguales motivos que los que conducían a la admisión de las cesiones de rango (permutas, posposiciones), determinaban la posibilidad de las reservas de rango en la forma en que las habremos de configurar (infra 4º, B), pero no como las concibe Spota(82)(985). Con mayor razón encuadraban en el sistema de Vélez las promesas de abstención, que hasta contaban con el beneplácito de la tesis estricta de Fernández.

4º Modificaciones de rango después de la reforma legislativa

A. Ámbito.

Las dos normas que interesan a estos efectos, el artículo 3135 del Código Civil y el artículo 19 de la ley 17801, tienen ámbitos distintos. Según la parte final del artículo 3135, "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"; es evidente que rige exclusivamente en materia de hipotecas. El artículo 19 de la ley 17801 tiene una órbita más amplia, cuando dispone: "La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad debe resultar de los mismos. No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando a que ésta sea compartida".

Este texto comprende a distintos derechos reales compatibles que puedan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

recaer sobre un inmueble, se extiende a cualquier derecho real sobre inmueble ajeno(83)(986), pues, como dijimos oportunamente, los problemas de rango no son exclusivos de la hipoteca, bien que en su derredor adquieran la mayor relevancia (supra III, 1°).

El artículo 3135 se concreta a la hipoteca y dentro de ella al instituto de la reserva; el artículo 19 de la ley 17801 trasciende a ese derecho real, y da pie para sostener que se ocupa, además, de otras modificaciones de rango distintas de la reserva.

El artículo 19 de la ley 17801 contiene tres párrafos que deben ser objeto de análisis sucesivo.

Primer párrafo: "La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40". Como sostuvimos (supra II, 3°), este párrafo sienta el gran principio de la prioridad registral, la que se establece por la fecha y el número de presentación de los documentos, según un "sistema de ordenamiento diario" que deben llevar las jurisdicciones locales (art. 40 de la ley 17801).

Segundo párrafo: "Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad debe resultar de los mismos".

El sentido del precepto se aclara con estas reflexiones de Molinario(84)(987): "Esto significa que si por escritura N° 1 A enajena a B un inmueble; por escritura N° 2, simultánea con la anterior, B, en su calidad de adquirente, constituye a favor de C una servidumbre predial sobre el inmueble adquirido y, luego, siempre en forma simultánea, por escritura N° 3, B hipoteca el inmueble adquirido a A a favor de D, gravado con servidumbre predial a favor de C y, siempre en forma simultánea, por escritura N° 4, B hipoteca en segundo término el inmueble a favor de E: de los documentos debe resultar la prelación, por cuanto presentados éstos el mismo día o en diferentes días, dentro de los lapsos señalados por el artículo 3137 del Código Civil si se trata de las hipotecas o del establecido en el artículo 5° de la ley 17801, si se trata de otros derechos reales, resultarían tener vigencia simultánea el desmembramiento que significa la servidumbre predial y el que comporta las dos hipotecas, cuando podría ser que al titular de la servidumbre predial pudiese convenir tenerla constituida con anterioridad a las hipotecas a fin de evitarse la posibilidad que puede resultar de la doctrina emergente del Código Civil, artículos 3157 1ª parte, y 3183" (y aun de los arts. 2990 y 2999 del Cód. Civil).

Tercer párrafo: "No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando a que ésta sea compartida".

Según Molinario, el párrafo tercero está directamente vinculado con el párrafo segundo, y concluye: "el artículo 19 de la ley 17801 se refiere en su totalidad, a partir del párrafo 2°, a escrituras simultáneas, exclusivamente"(85)(988). No compartimos este criterio, desde que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pensamos que el párrafo tercero se relaciona tanto con el segundo como con el primero; y seguramente el aserto de Molinario obedece a una razonable inspiración finalista unida a su repudio de la "hipoteca abierta" (infra E).

La interpretación que sustentamos está abonada por los antecedentes legislativos de la norma y brinda mayor armonía a su contenido.

El artículo 19 de la ley 17801 halla antecedente mediato en el artículo 19 del decreto - ley de la provincia de Buenos Aires N° 11643/63(86)(989). Este artículo contiene un primer párrafo que fija la prioridad por el número de presentación otorgado a los títulos en el Libro Diario, texto paralelo al del primer párrafo del artículo 19 de la ley 17801, con la salvedad de que se limita a las "anotaciones de igual fecha"; diferencia intrascendente, porque es obvio que si las fechas son distintas, privará la inscripción de fecha anterior. Su segundo párrafo es similar al del artículo 19 de la ley actual.

El tercer párrafo, expresa: "Sin embargo, las partes pueden de común acuerdo sustraerse al privilegio expresado en los párrafos anteriores adoptando para sus derechos otro orden de prelación".

Quiere decir, que cuando el decreto - ley 11643 permite a las partes que fijen "otro orden de prelación", lo hace en el entendimiento de que así se apartan del principio de la prioridad cronológica (párrafo primero), o de las previsiones sobre prioridad de las escrituras simultáneas (párrafo segundo). Esa disposición fue calificada como "una novedad en nuestro derecho"(87)(990).

El antecedente inmediato del artículo 19 de la ley 17801 es el artículo 41 de la ley 17417 de "Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal y Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur". También ese artículo contiene tres párrafos, el primero y el segundo similares a sus correlativos de la ley 17801, y un tercero, que dispone: "No obstante, las partes pueden, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos del principio que antecede, estableciendo otro orden de prelación para sus derechos".

Este tercer párrafo presenta diferencias mínimas con el artículo 19 de la ley 17801, y la única resaltable es que la última norma le adosó a su antecedente inmediato las expresiones finales: "compartiendo la prioridad o autorizando a que ésta sea compartida".

La ley 17417 no habla ya como el decreto - ley 11643 de "principio expresado en los párrafos anteriores", sino "del principio que antecede", pero tampoco de allí puede sacarse argumento para limitar las modificaciones del orden al caso de las escrituras simultáneas. Formulamos ese aserto, porque el artículo 41 de la ley 17417 tiene un gran parecido con su fuente incuestionable, el artículo 19 del "Proyecto de Ley Nacional de Registros de la Propiedad Inmueble" redactada por Scotti y Falbo(88)(991), tanto que los párrafos segundo y tercero son reproducciones textuales de su fuente. La única diferencia está dada porque el Proyecto Scotti y Falbo, al igual que el decreto - ley 11643, establece la prioridad por el número de presentación asignado en el Libro Diario, solamente, para las inscripciones que se practiquen el mismo día,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

diferencia que dijimos que era intrascendente. En los fundamentos del Proyecto, al ocuparse del artículo 19, se sostiene que el principio de prioridad "reconoce dos excepciones establecidas por el mismo artículo 19: la primera, que en los documentos provenientes de escrituraciones simultáneas, la prioridad debe resultar de los propios documentos. La segunda, corresponde a la situación conocida en doctrina como posposición (también permuta o reserva) de rango. Es la declaración documental por la cual un titular abdica la prioridad de su derecho en favor de otro que le sigue. El último párrafo del artículo 19 admite la posibilidad (bastante frecuente) de este supuesto"(89)(992).

Si compaginamos las expresiones literales del decreto - ley 11643 con los fundamentos dados en el Proyecto Scotti y Falbo para una norma similar a la de los artículos 41 de la ley 17417 y 19 de la ley 17801, concluiremos que los antecedentes legislativos del artículo 19 de la ley 17801 dan razón a nuestro criterio amplio, o sea, que el párrafo tercero que permite modificaciones de rango se vincula con los dos anteriores.

Hay más, esta interpretación conduce a una mayor armonía en el texto del artículo 19 de la ley 17801. Cuando el párrafo tercero habla de "principio que antecede", debe entenderse referido al "principio de prioridad", porque no parecería muy adecuado que el presunto principio antecedente fuese la previsión de que en las escrituras simultáneas debe determinarse la prioridad de los distintos actos. Además, si de las escrituras simultáneas debe resultar el orden, sería incolora la posibilidad de establecer "otro orden". Resultaría reiterativo el artículo 19, si luego de imponer la fijación del orden en las escrituras simultáneas, permitiera a las partes compartir la prioridad - de cuya factibilidad nadie dudaba -. Tampoco nos parece convincente que la "autorización de compartir el orden" que contempla el párrafo 3º del artículo 19, deba computarse como "la autorización" de uno de los acreedores hipotecarios para que en otra escritura simultánea se comparta su orden; para qué autorizar a compartir el orden, si se puede pactar directamente que se lo comparte(89bis)(993). En conclusión, sostenemos que cuando el párrafo tercero del artículo 19 de la ley 17801 contempla "que las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos del principio que antecede", se refiere a la alteración del principio registral de prioridad, o de la determinación de las prioridades efectuadas en las escrituras simultáneas. Si las partes operan "estableciendo otro orden", estarán en juego los institutos de la reserva de rango para futuras inscripciones, o de las posposiciones, o permutas de rangos preestablecidos por el principio de la prioridad cronológica, o por la determinación en las escrituras simultáneas. Si las partes actúan "compartiendo la prioridad o autorizando a compartirla", estarán poniendo en marcha el mecanismo de los rangos concurrentes de derechos ya inscriptos, o provenientes de escrituras simultáneas, o la futura concurrencia del inscripto o de los inscriptos con los que luego lleguen al Registro (coparticipación de rango).

B. Reserva.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a. Concepto.

El instituto de la reserva de rango, al que podía acudir con el régimen tradicional del Código Civil, aun sin permisión expresa, por no estar en juego a su respecto la faceta estatutaria de los derechos reales, fue incorporado formalmente a nuestro régimen jurídico a través del párrafo final agregado por la ley 17711 al artículo 3135 del Código Civil: "Al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de rango preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar". Las reservas de rango también tienen respaldo normativo en el artículo 19 de la ley 17801, cuando autoriza a las partes a establecer "otro orden de prelación para sus derechos", o sea, por ejemplo, que las partes podrán reservar a un derecho real de constitución futura rango preferente al constituido en el acto de la reserva.

En definitiva, el derecho de reserva implica transferir a un derecho real posterior el rango de uno anterior(90)(994). A pesar de que la reserva de rango es factible con referencia a distintos derechos reales compatibles entre sí, su mayor relevancia se da en la hipoteca, y por tal circunstancia, y a los efectos de facilitar la exposición, de ahora en más nos referiremos a ese caso, sin perjuicio de resaltar que las consideraciones que exponremos son válidas en lo pertinente para los otros derechos reales compatibles.

Es generalizado ejemplo doctrinario como caso posible de reserva de rango hipotecario, el que se verifica en el mercado de la construcción cuando el empresario compra un inmueble para levantar un edificio, pero no paga la totalidad del precio, garantizando el saldo con hipoteca, donde la reserva de constituir otra de grado preferente le facilitaría la obtención de crédito para financiar la construcción(91)(995). También se dan otros ejemplos(92)(996).

La reserva de rango, que ya admitía la jurisprudencia en el derecho prusiano aún sin precepto alguno(93)(997), alcanzó plena elaboración en el Código Civil alemán, cuyo § 881 dispone: "Al gravar un predio con un derecho podrá el propietario reservarse la facultad de inscribir otro derecho por una suma determinada con orden anterior al derecho concedido. Esta reserva deberá constar en el Registro, y la inscripción habrá de hacerse con vista del derecho que deba retroceder. Si se enajenase el predio, pasará al adquirente la facultad reservada. Si antes de la inscripción del derecho a que se dé preferencia, fuese gravado el predio con otro derecho sin la reserva correspondiente, no tendrá efecto la preferencia cuando el derecho inscripto con la reserva haya de sufrir, por efecto del nuevo derecho concedido, una disminución superior a la reserva".

Creemos que en ese texto del código alemán está configurado el concepto de reserva de rango que puede compaginarse con sistemas que como el argentino adopten el sistema del rango de avance, máxime que el código alemán, que refleja una tendencia hacia el rango fijo, es cauto en la modalidad para estructurar la reserva.

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cronológica (segundo grado, si hay una primera hipoteca, tercero 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. Sobre esta noción que nace de la propia norma, es concluyente la doctrina alemana(94)(998).

En la doctrina española se registra una intensa polémica sobre la admisión o no de la reserva de rango, en parte, quizá, por no haber tenido siempre una idea clara de la institución de la reserva concebida según el molde alemán. Sostienen la aplicabilidad de la figura en España: Roca Sastre(95)(999), Pérez González y Alguer(96)(1000), López Palop, Campuzano, Muñoz Casillas, Atard(97)(1001), Lacruz Berdejo(97bis)(1002), Casso Romero(98)(1003); se muestran reacios a su admisión; González y Martínez(99)(1004), Sanz Fernández(100)(1005), Hernández Gil(101)(1006); Cossio y Corral es francamente contrario(102)(1007).

Roca Sastre está cerca del concepto de reserva de rango del que participamos, pues, según él, la admisión por el artículo 241 del Reglamento Hipotecario de la "posposición de una hipoteca a otra futura", implica adjudicarle "a la reserva de rango la configuración de una subespecie de posposición de hipoteca", y que esa posposición no es "de tipo puro, que es la que tiene lugar simultáneamente con el otorgamiento de la escritura en la que se establece la hipoteca que se antepone a la anterior pospuesta"(103)(1008). La llamada "posposición de una hipoteca a otra futura", es en realidad la típica reserva de rango del derecho alemán, y la que Roca Sastre denomina posposición "de tipo puro" es la única y verdadera posposición en sentido técnico. Similares ideas leemos en Lacruz Berdejo(103bis)(1009).

En síntesis, el instituto de la reserva de rango hipotecario existente en el derecho argentino se configura - a similitud del derecho alemán - cuando el propietario de un inmueble se "reserva" el derecho de constituir otra hipoteca de rango preferente a la otorgada en ese acto, y que "retrocederá" si se hace uso de la reserva(104)(1010). Más adelante trataremos otra modalidad de la reserva, reconocida con mayor razón, la reserva de rango concurrente con el acreedor hipotecario que la consiente (infra E).

b. Comparación con la hipoteca del propietario.

Dijimos que la hipoteca del propietario es un derecho real sobre cosa propia, cuya adquisición puede estar o no acompañada por el crédito, e imposible de constituir por negocio jurídico (supra II, 2º, F.).

La hipoteca del propietario es contraria al sistema del Código Civil argentino que repudia los derechos reales sobre cosa propia, desde que sigue la máxima romana nulli res sua servit (art. 3055 y su nota y arts. 2928, 2930 y 2931(105)(1011), 2969, 3237, etc.). Sin embargo, se han destacado casos que tienen paralelo con la hipoteca del propietario, así, Gatti se refiere a los artículos 3182 y 3185 del Código Civil, caso este último que también aparece en el artículo 768, inciso 4º(106)(1012); Molinario realiza

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una interesante comparación entre el derecho argentino y el alemán, y luego de reproducir los dos casos anteriores, agrega: "el supuesto de un acreedor que hereda a su deudor manteniendo la aceptación beneficiaria presumida ahora por la ley (art. 3363), en cuyo caso, por los artículos 3365 y 3371, si bien como heredero es propietario del bien gravado (arts. 3317, 3365, 3417, 3418 y concs., Cód. Civil), conserva el derecho hipotecario y puede ejecutar a la sucesión"(107)(1013). Como dice Molinario, "todos estos supuestos suponen siempre la existencia de una deuda, en cambio, ...en el derecho alemán puede existir la hipoteca sin crédito al cual acceda"(108)(1014).

Tiene razón Gatti cuando considera que en esas situaciones, "por razones de equidad, los intereses en juego se solucionan como si el propietario fuese al mismo tiempo acreedor hipotecario sobre su propiedad"(109)(1015), pues; como afirma González y Martínez, "la ley puede elevar una barrera jurídica que impida la amalgama de ambos derechos en todo lo necesario para evitar el perjuicio de quien obtuvo y goza la doble titularidad"(110)(1016).

Son las invocadas "razones de equidad", y no otras, las que justifican los preceptos mencionados, máxime que dos de esas normas (los arts. 3182 y 3185) están implantadas en el capítulo VI del título de la hipoteca, que se inicia con un precepto - el art. 3181 - donde está presente el principio nulli res sua servit.

La reserva de rango hipotecario es distinta de la hipoteca del propietario, no sólo porque no importa hipoteca alguna, sino únicamente el derecho de poder hacer retroceder a una hipoteca presente en favor de una futura, sino también porque la reserva de rango nace de un negocio jurídico, lo que no es posible en la hipoteca del propietario(111)(1017).

c. Comparación con la deuda inmobiliaria del propietario.

La deuda inmobiliaria del propietario es un derecho real sobre cosa propia, de tipo abstracto, por ser independiente de la existencia de un crédito principal, que puede ser constituido por negocio jurídico (supra II, 2°, F)

Si bien ambas pueden provenir de un negocio jurídico, la deuda inmobiliaria se inscribe en el primer rango, con la posibilidad de transformarla luego en hipoteca de igual grado, y el acreedor hipotecario actual adquiere el segundo rango; por el contrario, en la reserva la hipoteca que la soporta toma el primer rango pero sometida a su posible retroceso. "En el primer caso, su derecho es gravamen de la finca; en el segundo, una limitación de la hipoteca que deba retroceder. En el primer caso, la hipoteca se constituye desde el principio como segunda hipoteca; en el segundo caso, se constituye como primera hipoteca, pero dispuesta a retroceder"(112)(1018).

A diferencia de la deuda inmobiliaria que tiene una existencia abstracta, la reserva de rango hipotecario se reduce al derecho potencial de hacer retroceder a la hipoteca preconstituida cuando no se ha efectivizado el derecho reservado, y encuentra el crédito principal cuando es constituida la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipoteca beneficiaria del derecho de reserva.

d. Comparación con la hipoteca de rango convencional.

La hipoteca de rango convencional del derecho suizo, según la designación de Allende, se llama así porque los particulares pueden constituir hipotecas en segundo grado, o en un grado cualquiera, que serán de rango fijo, quedando libres las parcelas de valor anteriores (supra II, 2°, G).

En la reserva de rango adoptada en nuestro país no se dejan parcelas de valor libres, ni se constituyen las hipotecas en grados posteriores fijos; muy por el contrario, las hipotecas ocupan el rango determinado por el principio registral de la prioridad cronológica, pero sometidas a su potencial retroceso si sus titulares han consentido dicha reserva.

La idea de rango convencional supone las parcelas de valor y el rango fijo, nociones extrañas a la tradición romanista de nuestra hipoteca, a la que permanece apegada. La hipoteca argentina se extiende a la totalidad del valor del inmueble y aplica el rango de avance, rasgos que por hacer al contenido de la hipoteca encuadran como estatutarios, y de allí ajenos a la mutación por los particulares.

e. Oportunidad.

De la literalidad de la norma del artículo 3135 parecería inferirse que la reserva debe concretarse "al constituir la hipoteca", pero no vemos reparos para que ella se efectivice con posterioridad a su constitución(113)(1019).

Es obvio que si hemos sostenido que este negocio sobre el rango, al igual que otros, no modifica el contenido de la hipoteca, y le hemos admitido aun con el articulado anterior del Código Civil (supra II, 3°), no encontramos inconveniente alguno para la posibilidad señalada, máxime por la amplia operatividad que consagra el artículo 19 de la ley 17801 (supra II, 4°, A).

f. Alcances.

Según el artículo 3135 la reserva de rango parecería ser en favor de "otra" hipoteca de grado preferente, es decir, de una sola hipoteca posterior, que aun de monto inferior al de la reserva, "agotaría" el derecho reservado(114)(1020).

La interpretación precedente no es desdeñable, pero si en la materia de modificaciones de rango no están en juego notas estatutarias del derecho real de hipoteca, nos inclinamos por pensar que pueden constituirse varias hipotecas en uso del derecho reservado, siempre que en su conjunto no excedan el monto de la reserva de rango(115)(1021). Una vez más hay que tener presente al artículo 19 de la ley 17801, que, según la inteligencia que le hemos adjudicado, contribuye a justificar la interpretación amplia.

g. Requisitos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es evidente que el primer requisito de la reserva es la existencia del "consentimiento del acreedor" que impone el artículo 3135, y que nace de elementales razones. Si el acuerdo sobre la reserva se hace al constituir la hipoteca sometida a eventual retroceso, ella estará formalizada en la necesaria escritura hipotecaria (arts. 1184, inc. 1°, y 3128 del Cód. Civil); si la reserva se conviene posteriormente, también será menester instrumentarla por escritura pública (arg. art. 1184, inc. 10, del Cód. Civil).

El artículo 3135 exige además que se exprese "el monto" a que podrá alcanzar el derecho reservado. Un criterio entiende que la palabra monto alude sólo al capital, y quedarían excluidos los intereses, y desde luego las costas del juicio(116)(1022).

Participamos de otra opinión, que considera que para cumplir el imperativo legal debe determinarse el capital, los intereses y las costas del juicio(117)(1023).

La palabra monto según el Diccionario de la Real Academia es una "suma de varias partidas"(118)(1024), concepto que refleja una pluralidad de componentes, y que se reproduce en diccionarios jurídicos(119)(1025) y que por su misma pluralidad se compadece con la interpretación que propugnamos). El código alemán habla de "una suma determinada" (§ 881), y la doctrina formula una concepción amplia(120)(1026); el código suizo emplea según la versión francesa la expresión "montant", que se traduce por total, importe, monto(121)(1027), y con ella la doctrina suiza adopta la noción que nosotros seguimos(122)(1028). Nuestra tesis se sostiene en España(123)(1029), y es la que incorporó el legislador al artículo 241 del Reglamento Hipotecario, que trata la llamada "posposición a una hipoteca futura", que como dijimos es una verdadera reserva de rango hipotecario (supra III, 4°, B, a), ya que contempla la determinación de "la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos".

En conclusión, cuando la ley dispone la determinación del monto del derecho reservado, quiere significar la necesidad de precisar hasta qué cantidad puede llegar a ser postergado el acreedor hipotecario que consintió la reserva, de constituirse la o las hipotecas reservadas, con su seciente retroceso, y si se alude a cierto "monto" de la reserva, sin discriminación alguna (capital, intereses, costas), solamente hasta esa suma registrará la reserva.

Se ha destacado la importancia de la designación en la reserva del plazo de duración de los derechos a constituirse en razón de ella(124)(1030), pero es del caso que tal requisito es discutible, porque creemos que los hipotecarios de rangos posteriores no se verán afectados por el plazo de la hipoteca constituida en virtud de la reserva. Si el plazo de la hipoteca beneficiaria de la reserva es mayor que el de la del acreedor hipotecario que la consintió, la última podrá ejercitarse al vencer su respectivo término; y si el plazo de aquélla es menor, la hipoteca del que consintió la reserva podrá hacerse valer anticipadamente ante la caducidad de plazos que contempla el artículo 754 del Código Civil(125)(1031).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

h. Oponibilidad.

Sabemos que la reserva de rango faculta al titular del inmueble para constituir hasta un monto determinado derechos posteriores de rango preferente al derecho actual, y que en su caso retrocederá.

O sea, que si antes del nacimiento del derecho beneficiario de la reserva, se otorgan otras hipotecas u otros derechos reales, no serán postergados por la reserva, salvo que sus titulares presten consentimiento, y ese consentimiento no puede derivarse de la circunstancia de que la reserva conste en el Registro y nada se diga sobre ella. Si antes de efectivizarse la reserva se traban embargos o inhibiciones, esas medidas precautorias obstarán al libre poder de disposición del propietario a los efectos de constituir el o los derechos beneficiarios de la reserva(126)(1032).

El § 881 del código alemán preceptúa en su parte final: "Si antes de la inscripción del derecho a que se dé preferencia, fuese gravado el predio con otro derecho sin la reserva correspondiente, no tendrá efecto la preferencia cuando el derecho inscripto con la reserva haya de sufrir, por efecto del nuevo derecho concedido, una disminución superior a la reserva". Surge claro que los gravámenes sobre el inmueble no son preferidos por el derecho beneficiario de la reserva, de constitución posterior, si sus titulares no la consintieron("fuese gravado el predio con otro derecho sin la reserva correspondiente").

Esto sentado, se advierte que la solución que proponemos es la que rige en el derecho alemán(127)(1033); también se desarrolla en la doctrina española(128)(1034). Más aún, el código alemán, que parte de la base de que el derecho reservado de constitución posterior a los otros gravámenes intermedios no los posterga(no obstante, que impone la publicidad registral de la reserva), y que el primer hipotecario que retrocedió priva sobre los sucesivos gravámenes ubicados en los lugares sucesivos, norma que "no tendrá efecto la preferencia cuando el derecho inscripto con la reserva haya de sufrir, por efecto del nuevo derecho concedido, una disminución superior a la reserva"(129)(1035).

Si bien la publicidad registral de la reserva de rango hipotecario halla fundamento en el artículo 3934 del Código Civil, insistimos en que su constancia registral y el silencio ante ella de los titulares de gravámenes posteriores a la reserva, pero anteriores al nacimiento del derecho beneficiario de ella, no puede computarse como manifestación de consentimiento.

La publicidad registral reviste importancia a los efectos de la oponibilidad de la existencia de la reserva a los cesionarios del acreedor hipotecario que la consintió, pero sólo cuando dicha cláusula no surge de la escritura que instrumenta la constitución del crédito hipotecario cedido, sino que por el contrario la reserva fue formalizada por otra escritura pública (arg. art. 1184, inc. 10, del Cód. Civil) y de ella no se dejó constancia en la primitiva escritura hipotecaria(130)(1036).

i. Caducidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nuestro Código Civil, a diferencia del artículo 241 del Reglamento Hipotecario español, no exige que se determine el plazo durante el cual podrá hacerse uso de la reserva, y quizá hubiera sido conveniente tal solución para darle mayor certeza al status jurídico del acreedor hipotecario que consintió su retroceso potencial frente al eventual beneficiario de la reserva. La misma ley debió fijar un plazo máximo de duración de la reserva(131)(1037).

Creemos que la constitución del derecho reservado se puede llevar a cabo en cualquier momento, siempre que el titular del inmueble conserve su poder de disposición, que se verá paralizado frente a medidas precautorias que como el embargo o la inhibición le impidan acordar la constitución del derecho beneficiario de la reserva(131bis)(1038).

C. Permuta.

a. Concepto.

Existe permuta de rango cuando dos hipotecas inscriptas intercambian sus rangos. Es fundamental esa aproximación conceptual, porque muchas veces bajo denominaciones similares se referencian instituciones distintas. Para Messineo, verbigracia, cuando los acreedores están inscriptos inmediatamente uno después del otro, existe postergación(en sentido estricto), mientras que si las inscripciones no siguen inmediatamente porque intermedian otras, el cambio se llama permuta(o postergación en sentido amplio)(132)(1039). Para nosotros, media permuta cada vez que dos hipotecas inscriptas intercambian sus rangos, ya que estén emplazadas inmediatamente, o que existan acreedores intermedios. La idea de postergación, o mejor de posposición, la hacemos jugar cuando una sola de las hipotecas está inscripta y cede su lugar a otra que se constituye e inscribe en ese mismo acto.

Es mayoritaria la doctrina comparada que admite las permutas de rango, no solamente en países como Alemania y Suiza, donde es innegable esa posibilidad al abrirse paso la concepción del valor autonómico del rango y la tendencia a los rangos fijos(bien definida en Suiza), sino también en otros de ideas más moderadas y aun que se mantienen rígidamente apegados al molde romano de los rangos de avance. En España es aislada la crítica de que la permuta es extraña al sistema hipotecario de ese país, y que puede reemplazarse por la renuncia del titular del grado preferente en favor del posterior(que se llama posposición), y que cuando existen acreedores intermedios, la necesidad de sus consentimientos equivale a su no admisión(133)(1040). Se ha contestado, que "en la permuta de rango entre dos hipotecas no se produce vacante alguna de rango de la hipoteca que retrocede, sino cambio, trueque, inversión o permuta de rango entre las dos hipotecas inscriptas, por cuya razón el desprendimiento del derecho de cada contratante presupone como esencial el desprendimiento del derecho del otro, sin que ninguno tenga la intención de renunciar su derecho, sino de cederlo a cambio de recibir el otro..."(134)(1041).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Alguien ha creído ver en la permuta "una obligación in rem scriptae que constriñe al titular, sea quien sea, del derecho preferente(A), que retrocede, a dejar que el titular del derecho que avanza(D) se satisfaga con el producto o cantidad que al primero estaba destinada, y recíprocamente faculta a éste(A) para que aproveche la cantidad correspondiente al de posterior rango inicial(D)"(135)(1042).

En el derecho argentino se sostiene que la reforma al artículo 3135 del Código Civil permite la permuta de rango, a poco que se interprete la norma en un sentido amplio(136)(1043), bien que se afirme también que ella no es posible ante la presunta falta de norma expresa, porque el régimen de los derechos reales es de orden público(137)(1044).

Ya nos pronunciamos oportunamente sobre que los negocios de rango no modifican el contenido de los derechos reales y por ello dejan incólume su faz estatutaria dominada por el orden público(supra III, 2º). Al trascender de la incidencia del orden público en los derechos reales, la permuta de rango era posible bajo el sistema de Vélez (supra III, 3º), y con mayor razón luego del agregado al artículo 3135 del Código Civil. Si quedara alguna duda, ella se despejaría frente al artículo 19 de la ley 17801 que habilita a las partes para establecer "otro orden de prelación para sus derechos"(supra III, 4º, A), desde que en esa mutación del orden se subsume el instituto de la permuta de rango.

b. Requisitos.

Para que sea viable la permuta de rango hipotecario, es menester ante todo que estén inscriptas las hipotecas que habrán de intercambiar sus rangos, y que media convenio entre sus titulares formalizado por escritura pública(arg. art. 1184, inc. 10, del Cód. Civil). De dichas alteraciones en los rangos debe dejarse constancia en el Registro(138)(1045).

Se ha sostenido la necesidad del consentimiento de los titulares de hipotecas intermedias entre las que intervienen sus rangos - si existen -(139)(1046), y en verdad, de ser requerido siempre ese consentimiento se frustraría al instituto de la permuta(140)(1047).

Creemos que no es necesario el consentimiento de los titulares hipotecarios intermedios(141)(1048), pero es evidente que a través de la permuta no puede perjudicárselos(para hacer más clara la exposición nos limitamos a los hipotecarios, aunque también pueden intermediar otros derechos reales)(142)(1049).

El código alemán se maneja con precisión, ya que luego de organizar un esquema que conduce a la admisión de la permuta(habla en general de modificación del orden), proclama que "los derechos colocados entre el que retroceda y el que avance no sufrirán perjuicios por la modificación".

Es obvio, entonces, que si la hipoteca que avanza es de "monto" mayor que la que retrocede, los hipotecarios intermedios sólo serán postergados hasta el monto de la hipoteca que antes les precedía.

Wolff reflexiona acertadamente: "La modificación no tiene efecto alguno ni en pro ni en contra de los titulares de puestos intermedios. Ejemplos: Si

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

están inscritos 10.000 para A y 10.000 para B; y después se inscriben 20.000 para C y, a su vez, A y C concluyen una modificación de rango, resultará el orden siguiente: C, 10.000; B, 10.000; C, 10.000; A, 10.000. Si A estaba inscrito por 20.000, B por 10.000 y C por 10.000, y si A y C alteran sus rangos, el orden será: C, 10.000; A, 10.000; B, 10.000; A, 10.000"(143)(1050).

Se afirma que el perjuicio a los acreedores intermedios podría darse también cuando la hipoteca que asciende en rango es de plazo menor que la que desciende(144)(1051); sin embargo, debemos reiterar aquí lo dicho en cuanto a la innecesariedad de determinar el plazo de la hipoteca a constituirse en virtud de la reserva(supra III, 4º, A, g), y en el supuesto referido de plazo menor, no se advierte perjuicio, porque al vencimiento de la hipoteca antepuesta podrá hacerse valer la posterior en la oportunidad prevista por el artículo 754 del Código Civil.

El código alemán impone el consentimiento del propietario del inmueble para hacer posibles las modificaciones de rangos (§ 880, párrafo 3º)(145)(1052), y ello se explica por la existencia de la hipoteca del propietario, porque "el retroceso de la hipoteca perjudica de una manera mediata al propietario de la finca, porque, por ejemplo, la hipoteca que adquiere en caso de extinción del crédito sería peor que la que concedió"(146)(1053). Ante el avance automático de las hipotecas posteriores a los rangos vacíos, propio de los regímenes de base romanista, ese consentimiento del dueño es innecesario(147)(1054), y menos se requiere la conformidad del deudor personal cuando la hipoteca fue constituida por un tercero - arts. 3121, 3186 del Cód. Civil -(148)(1055), desde que ni siquiera cuando se cede el crédito hipotecario(art. 1458 del Cód. Civil), es menester la aquiescencia del deudor(149)(1056), y basta proceder con arreglo al artículo 1459 del Código Civil.

D. Posposición.

a. Concepto.

La posposición de rango hipotecario tiene lugar cuando el titular de una hipoteca inscrita cede su rango preferente en favor de otro derecho hipotecario otorgado por ese acto(150)(1057). Acogemos esta noción estricta de "posposición", porque en sentido genérico bajo ese vocablo pueden comprenderse hasta las reservas de grado preferente y las permutas; en la reserva de rango preferente hay una "posposición" en favor de una hipoteca futura, y en la permuta de rango una "posposición" de la hipoteca que cede su prelación a la que avanza.

La "posposición de una hipoteca a otra futura" que legisla en detalle el artículo 241 del Reglamento Hipotecario español, importa una reserva de rango, y la denominada posposición de "tipo puro", que responde al concepto que adoptamos, es la única y verdadera posposición en sentido técnico(supra III, 4º, A, a).

Todo lo que llevamos expuesto sobre la no incidencia del orden público en los problemas de rango, y sobre la amplitud negocial al respecto, antes y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

después de la reforma, es aplicable a la posposición (supra III, 2º, 3º y 4º, A). En todo caso, si se adujera que el artículo 3135 no contempla expresamente la posposición, lo que creemos innecesario, de cualquier modo ella encuadraría en la facultad concedida a las partes para establecer "otro orden de prelación" para sus derechos (art. 19, párr. 3º, de la ley 17801). Es lógico que si puede cederse el crédito hipotecario (obligación principal con el accesorio de la hipoteca), y paralelamente es desglosable un rango determinado del derecho real, es razonable admitir la cesión del rango como prerrogativa que no hace al contenido del derecho real (151)(1058).

b. Requisitos.

La hipoteca que ha de posponerse tiene que encontrarse inscrita, y como la posposición se verifica simultáneamente con el otorgamiento de la escritura de constitución de la nueva hipoteca que pospondrá a la anterior inscrita, así se satisfará la forma requerida de la escritura pública (arg. art. 1184, inc. 10)(152)(1059). No debe olvidarse, que cuando ambas hipotecas están inscritas, la figura es la de la permuta y no la de la posposición. La alteración de rango resultante de la posposición debe hacerse constar en el registro.

En cuanto a la conformidad de los titulares de hipotecas intermedias, que al igual que en la permuta pueden o no existir, deben reproducirse las consideraciones ya vertidas en la permuta (supra III, 4º, C, b) y en esa medida la posposición no requerirá el consentimiento de aquéllos (153)(1060). De igual modo, y por las mismas razones antes referidas, para la posposición no se necesita la conformidad del propietario del inmueble.

E. Coparticipación.

Habrà coparticipación de rango hipotecario cuando se constituyan varias hipotecas del mismo rango, que por ello tendrán igual orden de prelación.

No se ha puesto en duda que aun con Vélez era factible que el dueño del inmueble conviniera con varios acreedores hipotecarios otorgarles un rango concurrente, es decir, una suerte de cotitularidad del rango; el artículo 19 de la ley 17801 insiste en ese facultamiento al preceptuar que el orden de las prelações puede establecerse por las partes "compartiendo la prioridad". O sea, que las partes podrán acordar que derechos ya inscritos tengan en el futuro rangos concurrentes, o la concurrencia de los derechos provenientes de escrituras simultáneas (supra III, 4º, A).

Tampoco hay polémicas sobre que en función del agregado de la ley 17711 al artículo 3135 el propietario puede pactar con el titular de la hipoteca la reserva de constituir ulteriormente otra de grado concurrente con ella (154)(1061). Va de suyo, que si el dueño puede reservarse la facultad de constituir ulteriormente una hipoteca de rango preferente, que según nuestro criterio provocará el retroceso de la hipoteca que consintió la reserva, con mayor razón podrá reservarse el derecho de constituir otra que no llegue a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posponerla, sino que simplemente concorra con ella.

Concordantemente con lo que hemos sostenido (supra III, 4º, B, g), hasta el "monto" de la reserva no sólo podrá constituirse una hipoteca, sino varias, de tal modo que el "monto" total derivado de la suma de los montos de cada una de ellas, no exceda el "monto" reservado (155)(1062).

La reserva de rango concurrente se asienta además en el artículo 19 de la ley 17801, cuando significa que las partes pueden modificar las consecuencias del principio de prioridad, "autorizando que ésta sea compartida", y tal previsión supera el supuesto de las escrituras simultáneas (supra III, 4º, A). La "autorización" para compartir el rango, que puede ejercitarse a través de la constitución de una o varias hipotecas, tiene la natural limitación de que en su conjunto no excedan el "monto" de la reserva, que deberá determinarse por aplicación del artículo 3135 del Código Civil.

Este fenómeno jurídico que se advierte en la realidad hipotecaria y que consiste en una reserva de rango concurrente hasta cierto "monto", que se puede cubrir con una o varias hipotecas que en su conjunto no lo excedan, ha sido calificado como "hipoteca abierta" (156)(1063).

Molinario, en una valiosa interpretación teñida de inspiraciones finalistas unidas a una encomiable y fundada preocupación por las deformaciones a las que puede conducir este instituto de la "hipoteca abierta", concluye en su inexistencia en nuestro ordenamiento. Afirma que "la reserva de rango sólo puede realizarse con una sola hipoteca y nada más que una. Naturalmente que ésta puede ser compartida pero la constitución ha de ser única, y si el constituyente constituye el gravamen posterior de grado preferente de monto inferior al reservado ha agotado, repetimos, el derecho que le brinda la ley" (157)(1064). A pesar de que es sostenible el esquema de Molinario, y que compartimos sus inquietudes por las derivaciones a que pudiera llevar una utilización fraudulenta del instituto, creemos que el ordenamiento vigente permite ese mecanismo, y confiamos en que los notarios se convertirán en guardianes de su sana aplicación, hasta que un futuro ordenamiento brinde precauciones más precisas contra los fraudes.

La reserva de rango no implica hipoteca alguna, sino sólo el derecho de poder hacer retroceder a una hipoteca presente en favor de una futura - o de varias - (reserva de rango preferente), o de poder hacer compartir el rango de la hipoteca actual con la futura - o las futuras - (reserva de rango concurrente). Si cuando se alude a una "hipoteca abierta" se quiere indicar que la reserva de rango es en sí una hipoteca, el concepto sería desacertado (supra III, 4º, B, a y b), pero quizá se apunte a la idea de que la "hipoteca" es la ya constituida, y que es "abierta", porque está abierta a la concurrencia en el rango con "hipotecas" futuras, y que recién serán tales cuando se las constituya. Esta noción de "hipoteca abierta" como hipoteca de rango abierto a la concurrencia, más plástica que técnica, no debe llevar a pensar que la hipoteca no es "cerrada", porque toda hipoteca es "cerrada" en sentido técnico, y como dice Molinario, "y más que cerrada en el derecho argentino en virtud de la doble especialidad requerida por la ley con carácter esencial y que resulta del Código Civil artículo 3109" (158)(1065).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Son aplicables a la reserva de rango concurrente, las consideraciones expuestas en materia de reserva de rango preferente, con las lógicas adecuaciones que impone esa modalidad de la reserva(159)(1066).

(Este trabajo se concretó con motivo de la VIII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad, celebrada en San Luis del 18 al 21 de agosto de 1971, donde fue presentado como ponencia.)