

## El sistema de rango progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable\*

Gabriel de Reina Tartière\*\*

### Sumario

**I. Preliminar. II. La Hipoteca recargable y los motivos para su introducción. III. Los inconvenientes de la figura. IV. Los requisitos exigibles a la hipoteca recargable con vistas a terceros. V. ¿Importa la hipoteca recargable la sanción del rango fijo allí donde antes no se preveía?**

### I. PRELIMINAR

Hace tan sólo unos años, en la que fuera mi Tesis doctoral, concluía advirtiendo sobre la evolución última experimentada por los ordenamientos históricamente afiliados al modelo de rango fijo o por parcelas de valor. Me refería, fundamentalmente, a las reformas que desde la década del setenta habían ido produciéndose en los ordenamientos austríaco y alemán<sup>1</sup>.

En primer lugar, recordaba cómo el Código Civil austríaco de 1811 (ABGB) había comenzado estableciendo el llamado derecho de disposición de rango (*Verfügungsrecht*), institución prevista al objeto de permitir al propietario de la finca aprovechar el puesto de una hipoteca *satisfecha*, pero todavía no cancelada. El rango, se preveía, podía ocuparse por una nueva carga al tiempo que se cancelara la anterior, o reservarse para una de futura constitución, reserva esta sujeta a un plazo de caducidad de tres años a contar desde su anotación. Así es como se cifraba el modelo de rango fijo en aquel ordenamiento, siquiera de modo facultativo y temporario.

No obstante, por Ley federal, en 1997, se invirtió el esquema y se supeditó, desde entonces, la facultad de disposición del rango *amortizado* a la reserva que en cuanto a su ejercicio haga el propietario al momento en que se constituya una garantía hipotecaria de igual o peor rango, reserva inoponible, precisamente frente a los titulares de

\* Especial para la *Revista del Notariado*.

\*\* Doctor por la Universidad de Oviedo. Profesor de Derecho Civil con dedicación especial, Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Cfr. *La prioridad en el Registro de la Propiedad Inmueble*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 101 y ss.

esas garantías de igual o posterior rango, si no se hace anotar en el Registro (§ 469a ABGB).

Algo parecido llegó a ocurrir en el seno del sistema alemán. Aunque es verdad que en su propia doctrina esté consolidada la opinión de que están más presentes las características del modelo de rango progresivo<sup>2</sup>, el gran desarrollo de la deuda territorial de propietario (*Eigentümergrundschild*) en aquel ordenamiento<sup>3</sup> ha hecho siempre que a los ojos del jurista de formación latina se califique la situación como justamente la contraria<sup>4</sup>. Pues bien, la ley de 22 junio de 1977, de modificación del BGB, hubo de extender la "cancelación por confusión", aún tratándose de la deuda inmobiliaria.

En efecto, será a partir de la reforma que se reconozca, sin necesidad de pacto previo, la facultad del acreedor hipotecario de rango igual o inferior de exigir la cancelación (*Löschung*) de la deuda territorial que se consolide en cabeza del propietario<sup>5</sup>. Con lo que tal facultad (en alemán *Löschungsanspruch*) habría pasado a integrar el contenido legal de la hipoteca, siendo, en consecuencia, realizable contra cualquier otra persona a la que se transmita la propiedad de la finca (§ 1179a BGB), y mientras no conste, pertinentemente anotada, la renuncia del acreedor hipotecario a su ejercicio.

La ley alemana de 1977 y la austríaca, dos décadas posterior, al hacer depender de un pacto expreso lo que antes era una de las bases de su régimen hipotecario parecen

(2) Cfr., por todos, Westermann, *Sachenrecht*, Müller, Karlsruhe, 1960, pp. 387-388.

(3) Siguiendo el clásico planteamiento de Wolff, la deuda inmobiliaria se trata de un derecho de garantía no accesorio que, a diferencia de la hipoteca, "no presupone un crédito. Por consiguiente, es posible establecer una deuda inmobiliaria que no tenga objetivo asegurar crédito alguno". De esta suerte, por ejemplo, el propietario de una finca, necesitado de dinero, en lugar de tomar un préstamo por X dinero y gravar la finca con una hipoteca, puede "vender" una deuda inmobiliaria sobre el inmueble por ese mismo importe; en tal caso, el que da el dinero no es prestamista, sino adquirente a título oneroso aunque está facultado para evitar, mediante el pago de aquel importe, que se transforme el fundo en dinero (por vía de ejecución forzosa). También podría concederse una deuda inmobiliaria, en lugar de pago, para liquidar un crédito existente. "Pero, con todo, apenas se dan en la práctica garantías de este tipo, o sea aquellas junto a las cuales no hay un crédito, a excepción, claro está, de las deudas inmobiliarias de propietario [...] Más bien es lo corriente que la deuda inmobiliaria se establezca, como la hipoteca, para asegurar un crédito (*deuda inmobiliaria de seguridad*). Pero aun entonces es independiente de la existencia del crédito; aquel a quien se otorga la adquiere aunque el crédito sea nulo, y no la pierde en caso de extinción de crédito. La deuda inmobiliaria puede transmitirse y gravarse sin el crédito, y este sin aquella. Frente al crédito la deuda inmobiliaria tiene carácter *abstracto* como una letra de cambio; si el crédito no existe, la deuda inmobiliaria se habrá adquirido 'sin causa o fundamento jurídico', y el propietario no puede exigir (como a propósito de la hipoteca) la rectificación del registro, sino (conforme al § 812 BGB) la retrocesión de la deuda inmobiliaria" (Ennecerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, III-2º, Pérez González y Alguer [Trad.], Bosch, Barcelona, 1944, pp. 189-190). En lo que, en todo caso, conviene reparar es en la muy distinta finalidad que inspira la variedad de garantías inmobiliarias que se conoce en los ordenamientos de corte germánico; por un lado, la muy elemental, representada por la hipoteca, y compartida por las legislaciones latinas, de proveer de cobertura al cumplimiento o reembolso de una deuda en particular; por el otro, aquella más moderna, pero más típica de tales ordenamientos, tendiente a la "movilización" del valor del suelo, a favorecer la circulación de la riqueza territorial, por medio de instituciones como la citada *Grundschild* alemana o la *Gült*, renta inmobiliaria, suiza.

(4) Es el caso, por ejemplo, de Pau Pedrón («Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 551 [1982], p. 986). El autor, al recordar la existencia de dos sistemas posibles en cuanto a la ordenación del rango, advertía, en uno de sus más destacados estudios, cómo el BGB adopta una vía intermedia: básicamente sostiene el de ordenación variable (*gleitende Rangordnung*), aunque en el caso de hipotecas, al introducir la figura de la deuda territorial de propietario, seguiría el criterio del rango fijo (*festbestimmte Rangstelle*). Por tanto, el reconocimiento de la deuda territorial de propietario incorporaría para los titulares de derechos reales posteriores el inconveniente de no poder mejorar de rango.

haber inclinado, por tanto, la tradicional disputa entre el sistema de rango latino y el germánico a favor del primero. Y ello por mucho que últimamente se haya incorporado al ordenamiento francés la llamada hipoteca recargable, en concreto por la Ordenanza n<sup>o</sup> 2006-346, del 23 de marzo, seguida, en este punto, por la proyectada legislación española, a la fecha de cierre de este trabajo aún en trámite parlamentario, para la reforma del mercado hipotecario.

## II. LA HIPOTECA RECARGABLE Y LOS MOTIVOS PARA SU INTRODUCCIÓN

Sucintamente valorada, se ha de reputar recargable la hipoteca que puede reutilizarse en garantía de ulteriores créditos no previstos en el instrumento público constitutivo<sup>6</sup>, y con independencia de quien haya de ser el acreedor, si el acreedor para el que se constituyó inicialmente la cobertura o un tercero. El *Code*, tras la Ordenanza citada, autoriza, así, a que la hipoteca ya constituida se asigne con posterioridad a un crédito distinto del originario, con tal de que esa facultad del sujeto pasivo se prevea de forma expresa en el título constitutivo, y por su medio no se supere el máximo de responsabilidad en un principio cifrado (art. 2422).

La novedad, que franquea siquiera el consabido imperativo de la especialidad, cuando no, según se duda y se verá, el de accesoriedad, responde a la finalidad de aliviar a las economías domésticas, golpeadas por la reciente subida de los tipos de interés, evitándoles el trance de tener que acudir a la constitución de una nueva hipoteca para refinanciarse y de sufragar los consiguientes gastos, por lo menos hasta el montante que al tiempo conste amortizado. La reutilización de la hipoteca, la inserción en ella de un nuevo crédito, podrá beneficiar al mismo acreedor u a otro, "aún cuando el primero no haya sido resarcido", se entiende de la parte pendiente de amortización.

En España, por su parte, el Proyecto de Ley, por la que se modifica la ley 2/1981, de

(5) Exactamente, "la nueva regulación distingue entre titulares de derechos reales de garantía inmobiliaria (hipoteca, deuda territorial, deuda de renta) y titulares de otros derechos reales (servidumbres, cargas reales, usufructo y opción): "a) Los titulares de este segundo grupo de derechos pueden obtener la cancelación de la deuda territorial de propietario, si celebran con este un contrato, en que, para el caso de consolidación del dominio con un derecho real de garantía inmobiliaria, el propietario se obliga a la extinción de la deuda territorial del propietario. (Quizá sea conveniente recordar en este punto que, según el BGB, en ese caso de consolidación, los derechos reales de garantía inmobiliaria se transforman automáticamente en deuda territorial; no puede hablarse, por tanto, de hipoteca de propietario, como incorrectamente se hace a menudo). "Para el aseguramiento de ese derecho a la cancelación de la deuda territorial del propietario, derivado del contrato, los interesados pueden solicitar que se practique en el Registro una anotación preventiva o prenotación. La finalidad de esta consiste en permitir que la obligación de cancelar pueda exigirse también a un nuevo adquirente de la finca. "b) Los titulares del primer grupo de derechos (hipoteca, deuda territorial, deuda de renta) tienen, desde la reciente reforma, un derecho a exigir la cancelación de la deuda territorial de propietario, derivado de la propia ley, pero siempre que este derecho de garantía que se consolida sea de igual o superior rango que el que corresponde a los interesados. Este derecho de cancelación no necesita anotarse en el Registro, por derivar de la ley" (Pau Pedrón, op. cit., pp. 986-987).

(6) Porque si esos otros créditos se hubieran advertido en el título, ante lo que nos encontraríamos, en su caso, sería frente a una hipoteca flotante o, como se denomina entre nosotros, abierta. No obstante, sobre la distinción entre ambas fórmulas, véase lo que más adelante se advierte en el texto.

25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, introduce la fórmula pero sin nombrarla expresamente. Responde ello a la opción legal de atender al problema extendiendo, en su juego, la novación en materia hipotecaria, de manera que se considere que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva, en el supuesto, entre otros de muy especial relevancia (alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, del plazo, del método o sistema de amortización), en que se amplíe, por concesión, el capital, pero sin superar la cifra de responsabilidad en origen concertada.

Correlativamente, la novedad vendría a resolver, según apunta Gómez Gállico, uno de los impulsores, desde la Dirección General de los Registros y del Notariado, de la regulación en ciernes<sup>7</sup>, las dudas habidas hasta la fecha con motivo, precisamente, de una eventual ampliación de capital y relativas a la posibilidad de aplicación de la ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios<sup>8</sup>, respecto de un primer préstamo sin necesidad de subrogarse en el crédito por el que se hubiese ampliado<sup>9</sup>. Se trata esta de una cuestión cuya importancia, ante la falta de definición legal, se habría manifestado en los esfuerzos realizados por la práctica bancaria para blindarse frente a tal situación, pues evidentemente la entidad financiera saldría perjudicada "si existe la posibilidad de que una nueva entidad se subroge en el primer crédito (de mejor rango registral) sin necesidad de asumir el segundo (de segundo o ulterior rango)". Lo cual, a su vez, explica que "hayan surgido pactos como el de igualdad de rango -con la consiguiente reacción del legislador fiscal haciendo tributar por la responsabilidad

(7) De él conviene citar dos estudios especialmente. El primero, titulado «La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario» (en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 691 [2005], pp. 1633 y ss.), constituye hoy lectura muy apropiada para conocer el anclaje doctrinal de la reforma. El segundo, publicado en el *Homenaje a Chico*, ahonda en un negocio instalado en la práctica bancaria de los noventa, que visto en la distancia supone, no siendo idéntico, antecedente destacado si del fenómeno que late tras la "recargabilidad" se trata. Se ocupaba, así, de la fórmula conocida como "crédito abierto -o disponibilidad de crédito- garantizado con hipoteca", contrato por cuya virtud una entidad financiera concedía, y concede "al acreditado una determinada disponibilidad de dinero, que puede hacer efectiva en una o sucesivas veces, sin que las disposiciones puedan ser superiores a la diferencia entre el límite máximo de crédito concedido y la parte dispuesta anteriormente no amortizada, y en el que cada una de las disposiciones efectuadas tiene una configuración autónoma en cuanto a tipo de interés y plazo de amortización, el cual en ningún caso puede exceder de la fecha de vencimiento final del crédito, siendo el cierre de la cuenta instrumental articulada el hecho determinante del saldo final exigible" ("Estudio sobre las modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca", en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Marcial Pons-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, pp. 802-803).

(8) Repárese en el propósito que guía el régimen instaurado por la ley 2/1994: promocionar y simplificar los trámites para que el deudor pueda subrogar en su préstamo a una entidad financiera que le ofrezca mejores condiciones que el acreedor con quien haya contratado. En este sentido, su Exposición de Motivos daba noticia de los factores económicos determinantes para su aprobación: la fuerte comisión por amortización anticipada que imponían las entidades titulares de los créditos objeto de subrogación y la duplicación de gastos que suponía para los ciudadanos la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo. Para paliar estos inconvenientes, se estableció un límite para aquella comisión no superior al uno por ciento, así como la exención fiscal de las escrituras que documentaran tales operaciones.

(9) Cfr. Gómez Gállico, "La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia", en su Comunicación al III Congreso de Registradores de España, celebrado en Granada en 2006 ([www.congresoregistradores.org](http://www.congresoregistradores.org)).

hipotecaria inicial- o el del vencimiento anticipado del primer crédito si no se subrogan en el segundo”<sup>10</sup>.

Así las cosas, el Proyecto de Ley se despacha al respecto previendo que “cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos”.

### III. LOS INCONVENIENTES DE LA FIGURA

Aun siendo único el problema que trata de paliar, la introducción de la hipoteca recargable no presenta, sin embargo, las mismas dificultades en uno u otro ordenamiento, por cuanto poco tienen que ver, por tradición y desarrollo, los sistemas hipotecarios, no se diga inmobiliarios, francés y español. Es precisamente por ello que me voy a centrar, exclusivamente, en los inconvenientes que la figura anuncia, antes, incluso, de su aprobación parlamentaria, respecto del Derecho español, donde, para empezar, la hipoteca no se confunde en la nebulosa de los privilegios. La cuestión no es menor, pues de su cabal distinción emergen originariamente los sistemas de registración más perfeccionados.

La *recargabilidad*, la reutilización de la hipoteca, debe confrontarse, *prima facie*, con los principios de especialidad y accesoriedad, cardinales en todo este tema. Sobre ambos recientemente me he ocupado en relación con la viabilidad de la hipoteca abierta<sup>11</sup>, cuyo incipiente reconocimiento legal a la par que la fórmula que aquí se contempla no parece, desde luego, casual.

En la comparación, se ha de señalar, con Belluscio, las diferencias que existen entre la hipoteca constituida en garantía de créditos futuros, global o abierta, y la susceptible de recargarse: “en cuanto al objeto, porque la primera se refiere a créditos determinables en el acto constitutivo, mientras que la segunda se aplica a créditos no previstos en él; en cuanto al interesado, porque en la primera es el acreedor o los acreedores en cuyo beneficio se ha constituido y en la segunda puede ser también un nuevo acreedor si se ha pagado el crédito o los créditos anteriores”<sup>12</sup>.

Entre ellos, el primer aspecto es el que se mostraría fundamental: frente a la hipoteca abierta, la recargable no se caracterizaría por desplegar sus efectos automáticamente con respecto a cualquier crédito nacido con posterioridad susceptible de incluirse, según las pautas, aun genéricas, convenidas, dentro la relación de cobertura origi-

(10) *Ibid.*

(11) Cfr. “En defensa de la hipoteca abierta”, en JA 2007-I, fascículo del 14 de marzo de 2007, pp. 9 y ss.

(12) “El nuevo Derecho francés de las Garantías”, en JA 2007-I, fascículo del 4 de abril de 2007, pp. 15 y ss.

naria, sino que ese crédito ha de depender del margen de amortización del inicial, así como de un acto formal de especificación y vinculación a la hipoteca preconstituida. De tal modo que puede decirse que si la hipoteca abierta se habría reivindicado al amparo de la práctica y necesidades de las empresas, con vistas a las relaciones de crédito continuadas, la recargable se propone, ahora, en favor de los particulares.

Aclarada, muy por encima, la distinta forma en que funcionan la hipoteca abierta y la recargable, considero, no obstante, que por un principio de congruencia mínima, no parece posible, desde un plano dogmático, defender una desprejiando la otra. No obstante, en cuanto a los mecanismos de recepción se apreciaría un matiz de importancia: la hipoteca recargable, mejor dicho, la reutilización de la hipoteca cuyo crédito garantizado se encuentre parcialmente garantizado no podría gozar de la protección del rango primigenio sin una previsión legislativa que lo contemplara. En este punto, no cabría una interpretación extensiva de la normativa vigente al estilo de la que se plantea, creo que justificadamente, en pro de la hipoteca abierta.

Pero la admisión, desde un plano técnico, de la hipoteca recargable, no alcanza para obviar algunos de los inconvenientes que su introducción, sin las debidas cautelas, puede conllevar. Díaz Fraile, catedrático y registrador, expone, como principales, dos<sup>13</sup>.

En primer lugar, "el aumento de la litigiosidad hipotecaria por el ejercicio de tercerías de mejor derecho de terceros acreedores inscritos antes de que la ampliación del capital conste en el Registro, en las que podrán reclamar el derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al acreedor hipotecario ejecutante respecto del tramo de la ampliación del capital inicial". Y es que, aunque ciertamente estas tercerías no suspenderían la ejecución hipotecaria, también es verdad que en ellas el tercerista puede pedir la retención del precio del remate de la ejecución hipotecaria a fin de garantizar la efectividad de la sentencia que recaiga en la tercería.

En cuanto al fondo de la tercería, recalca el autor, habría que recordar que, conforme a la regla 2ª del artículo 1927 del Código Civil español, los créditos hipotecarios, concurriendo dos o más respecto de la misma finca, quedan ordenados "entre sí por el orden de antigüedad de sus respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad", sin que sirva a estos efectos "para esquivar el problema el hecho de que la novación modificativa se haga constar en el Registro, según prevé el Proyecto de reforma, mediante una simple nota marginal, pues dado su valor sustantivo estas notas deben ser consideradas sustitutivas de un asiento principal de inscripción".

(13) "La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria", en *La Ley* (Madrid), diario de 4 de junio de 2007, pp. 1 y ss.

En segundo lugar, se ha de contemplar “el riesgo de que la hipoteca recargada sea objeto de una acción rescisoria en caso de concurso de acreedores del deudor por el tramo de la ampliación o ‘recarga’, si ésta ha tenido lugar en el plazo de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso”. En este sentido, la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, aunque suprimió la antigua retroacción de la quiebra, hubo de incluir en su lugar las denominadas *acciones de reintegración* o rescisión respecto de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la declaración, pese a que no exista intención o *consilium fraudis*.

Pues bien, entre los supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, se refieren “los de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas”, siendo fácil percibir que los administradores concursales lleguen a fundar el ejercicio de estas acciones en la asimilación del importe de la “recarga de la hipoteca” a esas “obligaciones nuevas contraídas en sustitución de otras preexistentes”, de las que habla la normativa concursal.

Así, a modo de ilustración, el autor al que se sigue en estas páginas propone el ejemplo de una hipoteca constituida en 1980 en garantía de un préstamo ya amortizado que en 2007 es *recargado* con arreglo a la nueva y esperada ley. Supóngase que el deudor que ha hecho la recarga tiene anotados sobre su finca diversos embargos posteriores a la hipoteca y que en 2008 es declarado en concurso de acreedores. ¿Cabe imaginar que el crédito recargado será considerado como “especialmente privilegiado” y pagado con preferencia sobre los créditos anotados, y que incluso se le reconozca el derecho a la ejecución independiente? Se concluye muy difícil que termine por aceptarse así.

#### **IV. LOS REQUISITOS EXIGIBLES A LA HIPOTECA RECARGABLE CON VISTAS A TERCEROS**

Por los inconvenientes reseñados, centrados ambos en la protección que se predica respecto de terceros, Díaz Fraile continúa su exposición sugiriendo ciertas cautelas para la aplicación, a la postre, del instituto. A los dos requisitos afirmados en el Proyecto de Ley, relativos, el primero, a que con la ampliación del crédito no se supere la cifra tope de responsabilidad hipotecaria en un principio asignada<sup>14</sup>, y el segundo, a

(14) En teoría, la concesión de un nuevo crédito, la ampliación o *recarga* por más de la cifra fijada de responsabilidad no acarreará la nulidad del nuevo negocio operado, sino que este deje de afectar a terceros. Sin embargo, la escritura de novación dejaría de serlo, si se supera tal cantidad, no pudiendo, en buena técnica, hacer las veces de la que, en propiedad, correspondería atenta la constitución de una nueva hipoteca, cuya cifra de responsabilidad partiría, precisamente, del excedente. El Proyecto de reforma español, tras su parcial sanción por el Congreso de Diputados, obvia este aspecto, al establecer simplemente que cuando la modificación prevista implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación, se requerirá de la aceptación de los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente.

que la reutilización de la hipoteca no podrá aprovecharse una vez conste registradamente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas preferentes<sup>15</sup>, cuadraría añadir los siguientes:

**a)** Antes que nada, “debería introducirse una disposición transitoria que claramente limite la posibilidad de ampliar el capital con conservación del rango a las hipotecas que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley”. Lo contrario supondría “empeorar retroactivamente la situación jurídica de los créditos inscritos o anotados posteriores a la constitución de la hipoteca y anteriores a la recarga”.

**b)** Se torna, igualmente, necesario que las hipotecas recargables se constituyan expresamente con tal carácter, y así consten en el Registro de la Propiedad, según se ha previsto en el Derecho francés, con el fin de que los acreedores posteriores que admitan alguna garantía sobre la finca hipotecada conozcan, a ciencia cierta, de la contingencia de poder llegar a quedar desplazados por una posterior ampliación.

**c)** Asimismo, “se debería admitir la concurrencia en la misma hipoteca, por el tramo de la ampliación del capital, de otro acreedor distinto del inicial”. De tal modo no se restringiría, por efecto reflejo de la *recargabilidad*, la facultad del acreedor de acudir a otros agentes financieros sin quedar, por tanto, encadenado al acreedor hipotecario preconstituido, quien no está obligado a conceder un nuevo crédito por mucho que pueda salir favorecido por la recarga.

**d)** En todo caso, parece imprescindible que el legislador se pronuncie sobre el privilegio de tales créditos ampliados, con referencia especial al ámbito concursal, a fin de evitar la situación de inseguridad jurídica arriba comentada.

**e)** En esa dirección, no estaría de más, a juicio siempre de nuestro autor, “introducir un derecho de oposición por parte de los terceros titulares de derechos inscritos posteriores a la hipoteca en la ejecución hipotecaria de una hipoteca recar-

(15) En relación con esta información, el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece lo siguiente: “a petición del ejecutante, el tribunal se dirigirá a los titulares de los créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía. Los acreedores a quienes se reclame esta información deberán indicar con la mayor precisión si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa y, en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse. Si el crédito estuviera vencido y no pagado, se informará también de los intereses moratorios vencidos y de la cantidad a la que asciendan los intereses que se devenguen por cada día de retraso. Cuando la preferencia resulte de una anotación de embargo anterior, se expresarán la cantidad pendiente de pago por principal e intereses vencidos a la fecha en que se produzca la información, así como la cantidad a que asciendan los intereses moratorios que se devenguen por cada día que transcurra sin que se efectúe el pago al acreedor y la previsión para costas”.



gable, a través de un incidente declarativo sumario y con causas de oposición tasadas, a fin de evitar la proliferación de tercerías de mejor derecho”.

**f)** Por último, dada la impronta ciertamente excepcional que en el contexto del ordenamiento de prelación de créditos español ha de presentar la figura –sobre la cual se ha llegado, incluso, a opinar que cambia un sistema objetivo de crédito privilegiado por otro subjetivo de acreedor privilegiado–, convendría incluir “también una limitación temporal o de número de veces en la ‘recarga’, por ejemplo impidiendo que la ampliación del capital pueda acumularse con otra ampliación del plazo, sin límite temporal o cuantitativo alguno”.

## **V. ¿IMPORTA LA HIPOTECA RECARGABLE LA SANCIÓN DEL RANGO FIJO ALLÍ DONDE ANTES NO SE PREVEÍA?**

Como es bien sabido, en atención al funcionamiento y desarrollo legislativo del rango, hipotecario o registral, resulta 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 puestos. Esto siquiera, desde un plano teórico, por cuanto, configurados los dos modelos, son escasísimos los ordenamientos que se adscriben al primero. Es más, puede decirse que desde la mencionada reforma operada en los sistemas austríaco y alemán, sólo queda el suizo como genuino exponente. Veamos, pues, cómo se disciplina.

Según permite el Código Civil de 1907 (ZGB), en Suiza el propietario de un inmueble puede disponer de cada casilla o rango, bien a título de reserva, bien con motivo de extinguirse el derecho que hasta ese momento viniera ocupándolo. En ambos casos, no se reconoce el derecho de los acreedores hipotecarios de rango inferior a avanzar sobre los puestos que vayan quedando vacíos, sobre los que, como se dice, el propietario podrá constituir un nuevo derecho de hipoteca.

En esto consiste el llamado *prinzip der festen Stellen*, que cuenta, sin embargo, con dos excepciones generales. En primer lugar, aquella, dependiente de la autonomía de la voluntad, que remite a la posibilidad de que se acuerde con un segundo o ulterior acreedor que este pueda entrar en el rango superior que quede luego vacío, pacto que deberá hacerse constar al tiempo de inscribirse esa segunda o posterior hipoteca. Este acuerdo de progresión en la escala registral se denomina, exactamente, *Nachrückungsrecht*.

Junto a la oportunidad de limitarlo convencionalmente, y *ad casum*, en su aplicación, el sistema de puestos fijos encuentra, además, un límite legal en el artículo 815 ZGB,

según el cual en la ejecución hipotecaria han de carecer de relevancia los puestos que, después de todo, no se encuentren ocupados efectivamente.

Lo que singulariza, pues, al Derecho suizo es la posibilidad de que ingrese al Registro y conste inscrita una garantía real de segundo rango o ulterior, aunque por delante no haya ni exista atisbo de otra en concreto. *Bastará con que se indique, en el Registro, el importe, el valor reservado o vacante, de donde surge el concepto que mejor identifica la realidad a la que remite el sistema de rango fijo: el de reserva de rango o valor, comprendida la figura en abstracto, a saber, sin correlación como se define, y adapta, en nuestro entorno, con un derecho de garantía en tratativas, expectable o próximo*<sup>16</sup>, y en cuanto prerrogativa reconocida en favor del propietario al objeto de constituir ulteriormente una garantía que prevalezca sobre otra que es anterior, posibilidad, repito, que en el ordenamiento helvético resulta: por una parte, "del hecho de que en caso de extinción de un derecho real de garantía se origina un puesto libre"; y, por otra, "del hecho de que el propietario puede constituir un derecho real de garantía de rango preferente a otros anteriormente creados, siempre que su importe no exceda del correspondiente al puesto fijo que pasa a ocupar"<sup>17</sup>.

Concebida así, y aunque por su medio pueda lograrse la preservación de un rango, de una determinada cuota de valor para garantías aún no constituidas, la hipoteca de propietario difiere sobremanera del régimen que hace al rango fijo. En otras palabras, no estamos ante nociones intercambiables: ni el rango o puesto fijo requiere de la hipoteca sobre cosa propia para existir, ni esta necesita que se reconozca positivamente aquel para convalidarse, tal y como ocurre, hoy en día, en Austria o Alemania. Y es que, por lo que concierne al objeto de nuestro estudio, lo verdaderamente indispensable es que el propietario de la finca se beneficie por la cuota de valor anunciada o dejada vacante, sin que haya de ocupar ese "lugar" mediante un verdadero derecho de hipoteca, siquiera bajo su titularidad<sup>18</sup>.

(16) Al hilo, lo que se señala en el texto del párrafo agregado al artículo 3135 de nuestro Código Civil, a resultados del cual el propietario de un inmueble puede, al constituir una hipoteca y con consentimiento del acreedor, "reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que esta podrá alcanzar". La doctrina, unánimemente, recibió la previsión encauzándola bajo el acápite de reserva de rango, aunque la hipótesis no habilite, ni mucho menos los autores convaliden, la creación de rangos vacantes, la asignación al albur de los particulares de rangos no correspondientes con el orden que surja al momento del Registro. Por cuanto, mientras no acceda al Registro la hipoteca en su monto preanunciado, la ya inscrita, aquella a la que se refiere el precepto, gozará del rango derivado de las reglas comunes, como si la reserva no se hubiera convenido, y ello aunque haya de pasar al inmediatamente posterior si es que finalmente ingresa aquella.

(17) Quesada González, "El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 641 (1997), p. 1326.

(18) Cfr. Bollain Rozalem, "Consideraciones sobre el rango y la nueva Ley de Reforma Hipotecaria", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 214 (1946), p. 165. En el mismo sentido, y no por otra razón, Allende ("Hipoteca del propietario e institutos análogos", en *LL* 100 [1960], pp. 810 y ss.), cuando aconsejaba introducir en nuestro Derecho un sistema opcional de rango fijo, al estilo, años vista, de las posteriores reformas austriaca y alemana, proponía la inclusión de un nuevo párrafo en el artículo 3934 CC del siguiente tenor: "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". En su iniciativa, además, se hacía expresa alusión a la facultad 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.

Dicho todo lo cual, es ahora que se estaría en condiciones de afirmar que la hipoteca recargable no tiene la virtud de invertir, por el mero hecho de su particular recepción positiva, el régimen de rango progresivo. De la misma manera en que no puede nacer una hipoteca sin crédito, tampoco puede recargarse una hipoteca si el crédito para el que vio la luz se encuentra amortizado por completo. Por esencia, únicamente cabe modificar, consentir la novación de lo que todavía existe. En otro caso, la garantía hipotecaria obviamente dejaría de ser accesoria y se plantearía no ya un problema de rango sino, puramente, de causalidad de la operatoria.

Se compartiría, entonces, desde aquí, la opinión de Canals Brage (aunque no sus conclusiones), cuando declara que el sistema inmobiliario no puede permitir la constitución de una reserva patrimonial –inversamente, la exclusión de un bien del ámbito de responsabilidad universal– sin que concurra una justificación económico-social adecuada<sup>19</sup>, siendo que, desde luego, tal justificación habría de venir amparada positivamente; no en vano se trata de la derogación de una regla básica como la relativa a la *par conditio creditorum*<sup>20</sup>. Pero ni la hipoteca recargable conllevaría, repito, la introducción de una reserva abstracta de rango, ni menos dejaría de estar justificada una vez se incorpore.

---

(19) "El incierto porvenir de la hipoteca en España (A propósito de algunos proyectos más o menos normativos)", en *La Ley* (Madrid), diario del 12/7/07, pp. 1 y ss.

(20) *Ibid.*