

El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. SISTEMAS DE DETERMINACION DEL RANGO: 2.1. SISTEMA ROMANO O LATINO DE AVANCE DE PUESTOS. 2.2. SISTEMA GERMÁNICO o DE PUESTOS FIJOS: 2.2.1. *Derecho alemán*. 2.2.2. *Derecho suizo*.—3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA ROMANO Y DEL SISTEMA GERMÁNICO: 3.1. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA ROMANO. 3.2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA GERMÁNICO.—4. EVOLUCION DEL SISTEMA GERMÁNICO EN EL DERECHO ALEMÁN Y EN EL DERECHO SUIZO: 4.1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ALEMÁN. 4.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO SUIZO.—5. CONCLUSION.

1. INTRODUCCION

En el ámbito jurídico inmobiliario el rango de los derechos reales se presenta, ante todo, como un criterio de resolución de un determinado tipo de conflicto de derechos (1). La situación de colisión de derechos que con el rango se pretende solventar se plantea en casos de incompatibilidad relativa entre derechos reales limitados, es decir, cuando recayendo éstos sobre un mismo inmueble pueden coexistir pero sin ostentar igual posición jurídica (2).

(1) Como observa KOCH en su tesis doctoral, la colisión de los derechos reales limitados es previamente excluida por la determinación del rango. Cómo se determina el rango es una cuestión que compete resolver a la respectiva legislación (*Das Wesen des Ranges der im Grundbuche eingetragenen Rechte*, Lübeck, 1909, pág. 10).

(2) Como pone de relieve don JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA: «el rango registral se plantea precisamente en estos casos de incompatibilidad relativa o eficacia preferente de la prioridad, es decir, respecto a aquellos derechos reales recayentes sobre un mismo inmueble que, no pudiendo ocupar, en principio, el mismo puesto u orden de preferencia, han de ser ordenados, pero hecha esta ordenación, pueden coexistir y no se excluyen entre sí» (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, pág. 705).

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

El rango opera ordenando los derechos, proporcionándoles una concreta posición (3). De tal suerte que el derecho de rango superior prevalece sobre el que lo tiene inferior (por subordinarse éste a la eficacia preferente de aquél) (4). Desde esta perspectiva el rango es una manifestación del principio de prioridad registral (*prior tempore, potior iure*) (5). Se halla además en estrecha relación con el principio según el cual nadie puede dar lo que no tiene (*nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*) (6), pues el propietario que ha gravado su inmueble con un derecho real limitado sólo puede constituir sobre él un nuevo derecho de esa clase (si no cuenta con el consentimiento del titular del derecho de rango preferente) si el segundo puede coexistir con el primero sin perjudicarlo.

El rango como criterio de resolución de conflictos entre derechos es aplicable no sólo a los que se generen entre hipotecas recayentes sobre una misma finca, sino también a los que se originen entre cualesquiera derechos reales (vgr., entre dos servidumbres o entre dos usufructos) (7) e incluso

(3) Sobre la significación y origen de la palabra rango, véase KOCH, *op. cit.*, pág. 45 y sigs.

(4) No voy a entrar a examinar aquí la naturaleza jurídica del rango, pues ello me llevaría más lejos de lo pretendido con este trabajo, por exceder de su objeto. De ahí que me limite a referirme a lo que funcionalmente es el rango, a saber, un criterio de resolución de conflictos entre derechos reales limitados y, excepcionalmente, entre éstos y ciertos derechos personales, pues desde el momento en que el legislador admite el acceso al Registro de la Propiedad de determinados derechos obligacionales, como los arrendamientos (Disposición Adicional segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos), ello ha de comportar la aplicación a los mismos de la normativa prevista para los derechos reales.

(5) Es interesante sobre este principio la tesis doctoral de LEISNER, *Untersuchungen über die rechtliche Bedeutung des Prioritätsprinzips im geltenden Zivilrecht*, München, 1957 (en particular la pág. 82 y sigs., donde habla del rango de los derechos reales como expresión de dicho principio); y los trabajos de WACKE, «"Quien llega primero, muele primero": prior tempore, potior iure», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pág. 37 y sigs.; y «Wer zuerst kommt, mahlt zuerst - Prior tempore, potior iure», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, pág. 94 y sigs.

(6) Así, LEISNER, *op. cit.*, pág. 84 y sigs.; y WILHELM, «Der Rang der Grundstücksrechte aufgrund des Verfügungstatbestands, insbesondere von Einigung und Eintragung», en *Juris ten Zeitung*, 1990, pág. 502.

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

entre hipotecas y otros derechos reales (vgr., entre una hipoteca y una servidumbre) (8).

No obstante, la aplicación más importante del rango se da cuando los derechos que entran en conflicto son hipotecas (9), ya que a consecuencia de la realización de valor puede suceder que el precio que se obtenga en la subasta no sea suficiente para cubrir el importe (total o parcial) de la cantidad asegurada por capital, intereses y costas con las hipotecas de segundo o ulterior rango, si se ejecuta la de primer rango (10).

Esto pone de relieve no sólo el valor jurídico del rango (en cuanto criterio de resolución de conflictos entre derechos reales limitados) (11) sino también su valor económico (ya que en función del rango que ostente cada derecho real —según sea de primer o de ulterior rango— su valor económico será diferente —superior o inferior, respectivamente—) (12).

inmueble sobre el que recaen. También cabe pensar en que la servidumbre de peor rango sólo pueda ejercitarse parcialmente.

(8) Puesto que si la servidumbre es preferente, en el momento de la realización forzosa de la hipoteca, disminuirá el valor del objeto gravado con la consecuencia de que el precio del remate puede no ser suficiente para cubrir el importe total del crédito del actor.

Piénsese, además, por ejemplo, en un supuesto de ejecución forzosa de hipoteca de primer rango a la que siguen un usufructo, una servidumbre y dos hipotecas más por este mismo orden de rango. En este supuesto los titulares del usufructo y de la servidumbre también tienen derecho a participar en el sobrante de lo obtenido en la subasta con preferencia a los otros dos acreedores hipotecarios.

(9) Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 706; y CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1989, pág. 421.

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

Resulta llamativo que en Alemania y Suiza la regulación del rango de los derechos reales de garantía sea diferente de la prevista para los otros derechos reales como tendremos ocasión de ver (*vide, infra*, sobre el Derecho alemán, el epígrafe 2.2.1.; y sobre el Derecho suizo lo que se dice en el texto en el epígrafe 2.2.2. y en la nota 42).

(11) Entre las consecuencias jurídicas del rango, concebido como criterio de resolución de conflictos entre derechos reales limitados, destaca, como pone de relieve BOLLAIN, que «cualquier hipoteca, que no sea la primera, vive en constante amenaza de resolución; esta resolución llegará, cuando culmine el procedimiento judicial sumario del artículo 131, incoado por un acreedor hipotecario preferente. En cambio, la hipoteca primera —que por ser primera goza de un rango superior al de todas las demás— está completamente libre de este peligro resolutorio» («Consideraciones sobre el "rango" y la nueva Ley de Reforma Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, págs. 160 y 161).

(12) Por todo ello se ha afirmado que «una hipoteca primera vale más que la segunda, sencillamente porque aquella tiene más probabilidades de efectividad que ésta» (BOLLAIN, *op. loc. cit.*, pág. 159). De ahí que en la práctica ese menor valor de las segundas y ulteriores hipotecas suele compensarse con incrementos del interés u otras condiciones más onerosas para el deudor en las hipotecas de inferior rango (*vide*, ROCA SASTRE/ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. II, Barcelona, 1979, pág. 231).

Atendiendo al innegable valor jurídico y económico del rango, en este trabajo pretendo analizar qué sistema jurídico de entre los que se suelen adoptar para determinar el rango en los países de nuestro entorno cultural y jurídico es preferible en Derecho español. El dilema se plantea entre el sistema romano o latino de avance de puestos (13), vigente en la actualidad, y el germánico de rango fijo (14).

2. SISTEMAS DE DETERMINACION DEL RANGO

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

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

2.1. SISTEMA ROMANO O LATINO DE AVANCE DE PUESTOS

En el sistema romano la hipoteca es el derecho real de garantía inmobiliaria por excelencia, caracterizado como indivisible y accesorio del crédito al que garantiza. Cada uno de los titulares de los diferentes derechos de hipoteca constituidos sobre un mismo inmueble tiene derecho a que se le pague el importe íntegro de la suma garantizada, sobre la totalidad del valor del inmueble (*pignoris causa indivisa est*) (15). En el momento de la realización de valor, la clasificación entre acreedores hipotecarios se hace por orden de prioridad temporal. La fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad de las diferentes hipotecas determina el rango existente entre ellas. En este sistema la primera hipoteca comprime la potencial expansión de la segunda y ulteriores, de tal suerte que la desaparición de una hipoteca aprovecha a los acreedores hipotecarios posteriores, pues su derecho de hipoteca

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

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

(15) Vide LEEMANN, *Sachenrecht*, Kommentar **Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Bern, 1925, pág. 779.

avanza entonces automáticamente y mejora de rango (al faltar la compresión de la hipoteca anterior), con lo que la garantía de su crédito aumenta tanto más en cuanto el importe del crédito garantizado por la hipoteca desaparecida fuera más elevado.

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

2.2. SISTEMA GERMÁNICO O DE PUESTOS FIJOS

En el sistema germánico se tipifican ciertos derechos reales de garantía inmobiliaria que pueden existir por sí mismos, sin necesidad de la coexistencia de un crédito al que garantizar con carácter accesorio. Ello es así porque en este sistema los derechos reales de garantía cumplen dos funciones básicas, la de garantía o seguridad, cuando aseguran la efectividad de un crédito, y la de movilización del valor del suelo, cuando el derecho real de garantía es objeto en sí mismo considerado de tráfico jurídico, por lo que se incorpora en un título valor destinado a circular. En el cumplimiento de esta segunda función no es menester que el derecho real de garantía asegure la efectividad de un crédito, por no depender de ello su existencia, dada su no accesoriedad (16).

Sea como fuere, el derecho real de garantía en el sistema germánico clásico representa e individualiza sólo una parte del valor del inmueble gravado y queda limitado a esa fracción o parcela de valor. Objeto de responsabilidad no es el inmueble como cosa corporal, sino como unidad de valor (17). De ahí que los diferentes derechos reales de garantía que gravan un mismo inmueble ocupen puestos correspondientes a las diferentes parcelas de valor en que se halla ideal y jurídicamente fraccionado el inmueble sobre el que recaen (18). Es por ello que su rango se determina por el puesto que ocupan (lo que depende en la mayoría de los casos de la voluntad de las partes) (19) y no por la fecha de su inscripción en el Registro de la Propie-

(16) Como observa PERRET, refiriéndose al Derecho suizo, en su forma actual los derechos reales de garantía no se vinculan a la sola idea de garantizar una deuda personal. El derecho real de garantía inmobiliaria se ha convertido en un valor territorial, y dos tareas le han sido entonces asignadas, una de origen antiguo, otra del todo moderna: garantizar las pretensiones personales y «movilizar» el valor del suelo (*Des droits de gage du propriétaire immobilier sur sa propre chose selon le Code Civil Suisse*, Berne, 1952, pág. 10).

(17) Así, WEBER, *Das System der festen Pfandstelle*, Bern, 1929, pág. 4.

Según LEEMANN, el puesto fijo es una cuota de valor ideal del objeto gravado (*op. cit.*, pág. 780).

(18) Consúltese sobre esto, con una visión diferente, DETTMAR, *Materielle und formelle Funktion des Rangs in Grundstückssachenrecht*, Marburg, 1977, pág. 129.

(19) Véase, LEEMAN, *op. cit.*, pág. 780.

dad. Si un derecho real de garantía de rango anterior desaparece, el propietario dispone del puesto que ha quedado libre, pudiéndolo utilizar para constituir un nuevo derecho real de garantía por el mismo importe (o inferior) que el anterior que lo ocupaba, con la importante consecuencia de que al ocupar cada uno de los derechos reales de garantía distintas parcelas de valor con total independencia los posteriores no pueden avanzar y mejorar su rango (20).

El sistema germánico rige en la actualidad, con algunas matizaciones, en el Derecho alemán y en el Derecho suizo (21). Aunque en ambos ordenamientos jurídicos la configuración y mecánica del rango es en esencia igual, y responde a iguales premisas o esquemas, existen ciertas diferencias que conviene poner de relieve.

2.2.1. *Derecho alemán*

En el Derecho alemán actual el rango de los derechos reales se determina de diferente forma según se trate de derechos que deben figurar en la misma sección del Registro o en secciones distintas (22). Cuando los derechos están inscritos en la misma sección, el rango se determina por el orden consecutivo de las inscripciones (*nach der Reihenfolge der Eintragungen*), y si están inscritos en diferentes secciones, por el orden de fechas de las inscripciones (§ 879 BGB) (23).

Existe cierta discusión entre la doctrina alemana acerca del significado de la expresión *Reihenfolge der Eintragungen* del § 879 BGB. La controversia gira en torno a si se refiere al orden temporal o cronológico de práctica de

(20) Vide, WEBER, *op. cit.*, pág. 5.

(21) También rige en el Derecho austríaco, en el cual se concede al propietario, mientras no existe ningún crédito asegurado, un mero «derecho de disposición del rango» (§ 469 ABGB) (véase, HOFMEISTER, «Rangordnung der Gläubiger», en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, IV, 1986, pág. 150). Véase también lo que se dice en la nota 35.

(22) A efectos de una mejor comprensión hay que decir que en la sección tercera se encuentran los derechos reales de garantía inmobiliaria del Derecho alemán (esto es, la *Hypothek*, la *Grundschuld* y la *Rentenschuld*), en la sección segunda los demás derechos reales, y en la sección primera se indica el propietario y la causa jurídico-real de adquisición de la propiedad (vide, SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*, München, 1991, págs. 60 y 100; y MÜLLER, *Sachenrecht*, Köln, 1990, pág. 241).

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

las inscripciones (de acuerdo con el *Tempusprinzip: prior tempore, potior iure*) (24), o al orden local o meramente espacial, esto es, al lugar que ocupan en el folio registral (conforme al *Locusprinzip: prior loco, potior iure*) (25). Aunque normalmente el orden temporal o cronológico y el local o espacial coinciden, la importancia de decantarse por una u otra interpretación se pone de manifiesto en los casos de discordancia entre uno y otro orden (26). Con todo, la doctrina que se inclina por la interpretación favorable al orden temporal suele matizar que para un tercero de buena fe sólo el orden local o espacial debe ser decisivo (27).

El rango que a un derecho real corresponde por ley o por haberlo acordado las partes, por regla general, no es inalterable en cuanto se rige por el principio del rango móvil. Lo que significa que los derechos de rango inferior avanzan y, en consecuencia, mejoran de rango, cuando un derecho de rango preferente se extingue. No obstante, sobre esta cuestión plantean una especial problemática los derechos reales de garantía debido, por una parte, a la institución de la *Eigentümergrundschild* (que supuso en la práctica la instauración del sistema de rango fijo) (28) y, por otra, al *Löschungsanspruch* (29)

(24) Así se pronuncian, en su caso, con fundamento en diferente argumentación, SCHWAB/PRÜTTING, *op. cit.*, pág. 60; KUTTER, *I. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Drittes Buch, Sachenrecht, Berlin, 1989, pág. 182; WACKE, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1986, pág. 179 y 181; HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen, 1930, pág. 496 y sigs.; SCHWEINITZ, *Alternativkommentare*, Neuwied, 1983, pág. 112; y STADLER, «Der Rang im Immobiliarsachenrecht - ein noch immer ungelöstes Problem», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1989, Band 189, pág. 447.

(25) A favor del orden local parecen pronunciarse JUNGHANS, *Berichtigungs- und Bereicherungsansprüche aus Anlass von § 879 BGB*, Köln, 1952, pág. 32 y sigs. (éste con amplia argumentación); MÜLLER, *op. cit.*, pág. 331; GERHARDT, *Immobiliarsachenrecht Grundeigentum und Grundpfandrechte*, München, 1989, pág. 21; FRIEDRICH, *Der Rang der Rechte im Grundbuch*, Erlangen, 1927, pág. 22; WEIRICH, «Der Rang im Grundbuch», *Juristische Ausbildung*, 1983, pág. 342; BREIT, *Der Grundbuchrang und seine Probleme*, Berlin, 1928, pág. 13; EICKMANN, «Der Rang der Grundstücksrechte», en *Rechtspflege Studienhafte*, 1982, pág. 74; y KOCH, *op. cit.*, pág. 18.

(26) Expone KUTTER varios ejemplos demostrativos de ello. Creo que basta con reproducir aquí el primero, que es del tenor siguiente: A favor de «B» está inscrita una hipoteca. Antes de esta inscripción el Registrador ha dejado, sin embargo, un espacio vacío, infringiendo lo dispuesto en la normativa registral. Más tarde inscribe una hipoteca en ese espacio a favor de «A». Si se considera decisivo el criterio de prioridad temporal entonces tiene mejor rango la hipoteca de «B», mientras si se estima decisivo el *Locusprinzip* es preferente la hipoteca de «A» (véase, *op. loc. cit.*, pág. 181).

(27) Véase, JUNGHANS, *op. cit.*, pág. 36; STÜRNER, *Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 6, 1990, pág. 143 y sigs.; WACKE, *Münchener Kommentar*, cit., pág. 181; y SCHWEINITZ, *op. loc. cit.*, pág. 113.

(28) Es interesante sobre esto, DETTMAR, *op. cit.*, pág. 136 y sigs.

(29) Vide, *infra*, el epígrafe 4.1.

(que ha venido a establecer de nuevo la vigencia del principio de rango variable para los derechos reales de garantía) (30).

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

Bajo el concepto de derechos reales de garantía (*Grundpfandrechts*) se comprenden en Derecho alemán la *Hypothek*, la *Grundschild* y la *Rentenschuld* (siendo esta última una variante de la segunda) (31). Las hipotecas pueden ser de tráfico (*Verkehrshypothek*) y de seguridad (*Sicherungshypothek*). Las de tráfico, igual que la *Grundschild*, pueden revestir a su vez dos formas: la de cédula hipotecaria (*Briefhypothek*) y la clásica de hipoteca registral (*Buchhypothek*). En el Derecho alemán la *Briefhypothek* es idónea sobre todo para la llamada financiación intermedia (*Zwischenfinanzierung*), porque su transmisión no requiere inscripción en el Registro de la Propiedad (32).

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

Junto a las dos modalidades de *Grundschild*, recién descritas, es importante destacar, a efectos de lo que aquí nos interesa, la denominada *Eigentümergrundschild* —comúnmente conocida como «hipoteca de propietario»— (33),

(30) Consúltase, SCHAPP, *Sachenrecht*, München, 1989, pág. 184; y WESTERMANN, *BGB-Sachenrecht*, Heidelberg, 1990, pág. 111.

(31) En la actualidad la *Grundschild* adquiere mayor significación a costa de la hipoteca. Sin embargo, la regulación legal más extensa se dedica a la hipoteca, declarando aplicable analógicamente dicha normativa a la *Grundschild* el § 1192 BGB, con excepción de aquellas disposiciones que presupongan una vinculación jurídica de la hipoteca con un crédito (vide, SCHWAB/PRÜTTING, *op. cit.*, pág. 315 y 316; y BASSENGER, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1991, pág. 1281).

(32) Consúltase, WÖRLEN, *Grundzüge des Privatrechts*, Band III, Köln, 1992, pág. 96 y sigs.; y SCHWAB/PRÜTTING, *op. cit.*, pág. 257 y sigs.

(33) Cuando se extingue el crédito garantizado por una hipoteca ésta sufre una metamorfosis y se transforma automáticamente en una *Eigentümergrundschild* (§ 1177-1 BGB). De ahí que no resulte exagerado decir que en el Derecho alemán la hipoteca es una «*Eigentümergrundschild* latente» (véase, BASSENGER, *op. loc. cit.*, pág. 1263; GERHARDT, *op. cit.*, pág. 102 y 103; y WÖRLEN, *op. cit.*, pág. 99 y 100).

Según la doctrina alemana más autorizada, en el caso de que se transmita la hipoteca, junto con el crédito garantizado, al propietario del inmueble gravado que satisfizo al acreedor hipotecario no siendo deudor personal, estamos ante una auténtica hipoteca de

en la medida en que fundamentalmente de ella (34), además de la figura de la reserva de rango, se ha servido la Ley en el sistema inmobiliario registral alemán (35) para procurar que el propietario conserve el rango que fue ostentado por un derecho real de garantía cuando éste desaparece (adquisición derivativa de la *Eigentümergrundschild*), o para que ocupe el que va a ser ostentado por un derecho de esa clase entretanto no se constituye (adquisición originaria), evitando así que avancen y mejoren de rango los derechos reales de garantía de rango inferior (36). La *Eigentümergrundschild* puede ser, pues, constituida por anticipado por el propietario del inmueble, con lo que éste obtiene así un puesto con un determinado rango a su libre disposición, que puede utilizar para constituir un derecho real de garantía con el que asegurar la efectividad de un crédito cuando le interese (37).

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

propietario (*Eigentümerhypothek*) véase, SCHWAB/PRÜTTING, *op. cit.*, pág. 299; y MÜMMER, «Die Zwangsvollstreckung in Eigentümergrundpfandrechte», en *Das Juristische Büro*, 1969, págs. 795 y 796).

(34) Según WEBER, un paso para la mitigación de la injusticia que conlleva el sistema de avance de puestos fue dado en el Derecho alemán con la introducción de la hipoteca de propietario, que el BGB alemán instituyó como parte esencial de la regulación legal de los derechos reales de garantía (*op. cit.*, pág. 3).

(35) En el Derecho austriaco el mismo resultado se consigue concediendo al propietario, cuando se extingue una hipoteca, un «derecho de disposición del rango» (*Verfügungsrecht*) conforme al § 469 ABGB, de tal suerte que los derechos sucesivos sólo avanzan y mejoran de rango cuando el propietario no hace valer su *Verfügungsrecht* (véase, FEIL, *Liegenschaftsrecht*, Band II, Eisenstadt, 1984, págs. 1193 y 1194; KOZIOL/WELSER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band II, Wien, 1991, pág. 138 y sigs.; y PETRASCH, *Rummel, Kommentar Zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Bd, Wien, 1990, pág. 568).

(36) *Sic*, WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 139.

(37) Como se indica en el texto, el propietario puede ser titular de un derecho real de garantía en su propio inmueble, bien constituyéndolo él mismo, o bien por transmitírsele un derecho real de garantía ajeno que grava su finca.

El primer supuesto se da, por ejemplo, cuando el propietario constituye una hipoteca sin que haya nacido todavía el crédito asegurado, o hasta que la *Briefhypothek* se transmite al acreedor.

Estamos en el segundo supuesto, entre otros, en los siguientes casos: 1.º Cuando el crédito garantizado se extingue, pasando automáticamente la hipoteca como *Grundschild* al propietario. A consecuencia de ello el Registro de la Propiedad resulta incorrecto correspondiendo al propietario un derecho de rectificación del mismo. Es el caso principal en la práctica de incorrección del Registro y también es el más frecuente en cuanto al nacimiento de *Grundschild*; 2.º Cuando el acreedor renuncia unilateralmente a la hipoteca, y 3.º Cuando se produce una consolidación de hipoteca y propiedad en la misma persona. Por ejemplo, cuando el propietario hereda al acreedor, o cuando hay transmisión del inmueble gravado al acreedor. Consúltese sobre esto, SCHWAB/PRÜTTING, *op. cit.*, pág. 294 y sigs.

El propietario que decide conservar en sus manos la *Eigentümergrundsschuld* no puede ejecutarla forzosamente sobre su propio inmueble, pero si otro acreedor con hipoteca de mejor rango, recayente sobre el mismo inmueble, ejecuta ésta, el propietario participa de lo obtenido en la subasta según el rango correspondiente a su *Eigentümergrundsschuld* (38).

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

La institución de la *Eigentümergrundsschuld* comporta que las hipotecas de rango inferior no avanzan con el pago del crédito garantizado por la hipoteca preferente, en cuanto bajo la forma de *Grundsschuld* el puesto que ésta ocupaba y su rango son mantenidos por el propietario, quien, por ello, con mayor facilidad podrá conseguir nuevas fuentes de financiación.

La *Eigentümergrundsschuld* puede, por último, ser suprimida, con la intención de favorecer a los acreedores con derechos de rango posterior (que ostenten un *Löschungsanspruch*), a los cuales les está entonces permitido avanzar y mejorar el rango de sus derechos. Mas ésta es cuestión de gran importancia en este trabajo, como después se verá al examinar la evolución del Derecho alemán, por lo que volveré luego sobre ella con mayor detenimiento (39).

2.2.2. Derecho suizo

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

Pues bien, en el Derecho suizo el rango de los derechos reales de garantía inmobiliaria viene dado por el puesto fijo (*Pfandstelle, case fixe, posto del*

(38) A estos efectos es ilustrativo el ejemplo expuesto por SCHWAB y PRÜTTING, en los siguientes términos: si una «*Eigentümergrundsschuld*» de 80.000 DM es precedida de una hipoteca de primer rango de 60.000 DM y es seguida de otra hipoteca de tercer rango de 40.000, ascendiendo el precio del remate a 160.000 DM, tiene derecho a recibir el propietario el importe total de 80.000 DM y el acreedor titular de la hipoteca de tercer rango sólo 20.000 DM (*op. cit.*, pág. 300).

(39) Vide, *infra*, el epígrafe 4.1.

pegno) (40) que se les asigna con la inscripción (art. 813 ZGB) o al hacer la reserva de rango (41), a diferencia de lo que sucede con los otros derechos reales, cuyo rango se rige por la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad conforme al principio de prioridad temporal (42). Es por ello posible constituir en el ordenamiento jurídico suizo derechos reales de garantía de segundo rango u otro ulterior cualquiera, aunque todavía no exista el derecho de primer rango u otro anterior. Basta con indicar en el Registro de la Propiedad el importe por el cual los derechos reales preferentes responderán.

Los puestos que quedan libres pueden volver a ser ocupados más tarde (43), por lo que un derecho constituido con anterioridad puede ser de peor rango que otro constituido en fecha posterior (44). En consecuencia, cuando

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

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

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

(43) Sobre las facultades de disposición de un puesto fijo por parte del propietario, véase LEEMANN, *op. cit.*, pág. 778; y HOMBERGER/MARTI, «Grundpfandrecht II», en *Fisches Juridiques Suisses*, 1942, pág. 6 y sigs.

(44) Como observan algunos autores, puede parecer que existe en el sistema de puestos fijos previsto en el Derecho suizo para los derechos reales de garantía, una derogación del principio de prioridad, porque puede prevalecer un derecho constituido

derechos de rango diferente han sido constituidos sobre un mismo inmueble, la desaparición de uno de ellos no provoca el avance de los que le siguen por orden de rango, ya que el propietario tiene la posibilidad de constituir después un derecho real de garantía en el puesto fijo que ha quedado libre que tendrá el rango del extinguido y prevalecerá sobre otros constituidos con anterioridad pero situados en los puestos fijos siguientes. Una pieza esencial en el sistema de puestos fijos es la reserva de rango, es decir, la posibilidad con que cuenta el propietario de constituir ulteriormente un derecho real de garantía que prevalezca sobre otro más antiguo (45). La reserva de rango presupone conceptualmente el puesto fijo vacío (46). Representa una disposición del propietario del bien a diferencia del puesto fijo vacío que se origina por disposición legal a consecuencia de la cancelación (47) de un derecho real de garantía (48).

No obstante, el legislador del Código Civil suizo no llevó el sistema de puestos fijos a sus últimas consecuencias, al prever excepciones al mismo (49). Estas son, fundamentalmente:

1.^a El supuesto de extinción del derecho real de garantía de naturaleza legal inscrito para asegurar créditos concedidos para la mejora del suelo rústico, pues conforme al artículo 821.2 ZGB, en ese caso subentran los acreedores posteriores (50).

con posterioridad sobre otro que fue constituido antes. Sin embargo, el puesto en el que se ubican los derechos tiene el rango que en su momento fue determinado por la fecha de su creación. En este sentido la regla *prior tempore, potior iure* es salvaguardada (consúltese, DESCHENAUX, *op. cit.*, pág. 507; y LIVER, *op. cit.*, pág. 20).

(45) Posibilidad que resulta en el Derecho suizo, por una parte, del hecho de que en caso de extinción de un derecho real de garantía se origina un puesto libre y, de otra parte, del hecho de que el propietario puede constituir un derecho real de garantía de rango preferente a otros anteriormente creados, siempre que su importe no exceda del correspondiente al puesto fijo que pasa a ocupar (*vide*, DESCHENAUX, *op. cit.*, pág. 507, nota 33; y WEBER, *op. cit.*, pág. 40 y sigs.).

(46) Este se crea al propio tiempo que se hace la reserva en favor de un derecho real de garantía futuro. Véase, HOMBERGER/MARTI, *op. loc. cit.*, pág. 6.

(47) Para que un puesto fijo vacío se origine es necesaria en todo caso la cancelación del derecho real de garantía que se extingue y lo ocupaba, el mero derecho del propietario a la cancelación, por ejemplo, por amortización o nulidad del crédito, o por renuncia del acreedor al derecho real, no basta (*vide*, LEEMANN, *op. cit.*, pág. 786).

(48) Así, WEBER, *op. cit.*, pág. 45.

(49) Según WEBER, estas determinaciones excepcionales son extrañas al sistema de puestos fijos y encierran el peligro de hacer ilusoria en la praxis gran parte de las ventajas jurídicas y económicas de dicho sistema (*op. cit.*, pág. 7).

(50) Véase sobre esto, HOMBERGER/MARTI, *op. loc. cit.*, pág. 10; LEEMANN, *op. cit.*, págs. 795 y 823; TUOR/SCHNYDER, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1989, pág. 758, nota 30 y pág. 759; BOSSHARD, *Das Nachrückungsrecht der Grundpfandgläubiger*, Zürich, 1948, pág. 17; SCHNEEBERGER, «Le droit de profiter des cases libres», en *Semaine judiciaire*, 1954, pág. 116; y WEBER, *op. cit.*, pág. 88.

2.^a En la realización de valor del derecho real de garantía, el puesto fijo vacío no es tomado en consideración. A estos efectos los acreedores posteriores avanzan (51) y el remanente del puesto fijo vacío les corresponde a ellos según su rango (art. 815 ZGB) (52). De no haberlo previsto así el legislador, el importe atribuible al puesto fijo vacío correspondería al propietario —pudiendo ser agredido por la masa de acreedores en general— en vez de a los acreedores hipotecarios con preferencia (53).

3.^a Las partes interesadas (el propietario y el acreedor que resultará beneficiado con el avance) (54) pueden acordar (55) la desaparición de un puesto fijo al extinguirse y cancelarse el derecho real de garantía inmobiliaria que lo ocupaba y el consiguiente avance del derecho posterior de esa clase del acreedor que tiene a su favor el derecho de avanzar (*Nachrückungsrecht* o *droit de profiter des cases libres*) (cfr. art. 814 ZGB) (56). Este derecho es de naturaleza personal, pero si tiene acceso al Registro de la Propiedad ello le dota de cierta eficacia real (57).

(51) En este caso y el anterior, el avance tiene lugar *ipso iure* por Ley. Véase, HOMBERGER/MARTI, *op. loc. cit.*, pág. 5.

(52) Consúltase, TUOR/SCHNYDER, *op. cit.*, pág. 759; LEEMANN, *op. cit.*, págs. 794 y 798; SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 116; WEBER, *op. cit.*, pág. 85, y BOSSHARD, *op. cit.*, págs. 16 y 73.

(53) El artículo 815 ZGB viene a decir que cuando un derecho real de garantía se haya constituido con un rango posterior sin que exista uno anterior, o cuando el título de un derecho real de garantía anterior no haya sido utilizado, o un crédito anterior sea de una suma inferior a la inscrita, en caso de realización de valor, el remanente es atribuido a los acreedores inmobiliarios que efectivamente lo sean según su rango, sin consideración a los puestos vacantes.

Como se deduce de su propio contenido, este precepto es aplicable —o lo que es lo mismo, los derechos reales de garantía inmobiliaria pueden avanzar de rango a efectos de participar en el remanente obtenido en la subasta— en los siguientes casos: a) cuando existe una reserva de rango o un puesto vacío; b) cuando el propietario es titular de un derecho real de garantía del que no ha dispuesto; y c) cuando el crédito preferente es de menor importe que el inscrito (*vide*, LEEMANN, *op. cit.*, pág. 799).

(54) Sobre la naturaleza jurídica del *Nachrückungsrecht* dice WEBER que representa una disposición anticipada del propietario sobre un eventual puesto libre a favor de un acreedor posterior. El propietario se obliga, para el caso de cancelación de un derecho real de garantía precedente, a no aprovechar para sí el puesto mejor que devendrá libre, sino a cederlo al acreedor posterior (*op. cit.*, pág. 74). Véase, en este sentido, LEEMANN, *op. cit.*, pág. 790.

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

(56) Como observa LEEMANN el principio propio del sistema de puestos fijos según el cual con la extinción de una hipoteca preferente las posteriores no avanzan de rango no es Derecho imperativo, sino dispositivo, pues puede ser derogado por acuerdo de las partes, así como por renuncia del propietario al puesto fijo vacante (*op. cit.*, pág. 789).

(57) Cfr. SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 122 y sigs.; WEBER, *op. cit.*, pág. 73; BOSSHARD, *op. cit.*, págs. 29 y 31; LEEMANN, *op. cit.*, págs. 791 y 792; GUHL, *op. loc. cit.*, pág. 36; WIELAND, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zü-

El derecho de avanzar o aprovechar los puestos fijos vacantes comporta, en general, el poder ocupar los que vayan quedando libres, sea cual sea su rango (58). Además se suelen vincular al *Nachrückungsrecht* mejores condiciones y contraprestaciones, tales como una rebaja del tipo de interés (59). Ahora bien, el avance de un derecho real de garantía sólo puede tener lugar en el ámbito y por el importe del puesto que ha quedado libre, a no ser que consientan otra cosa los acreedores afectados.

A pesar de las similitudes existentes entre el sistema romano de avance de puestos y la institución suiza del *Nachrückungsrecht*, presentan diferencias notables. En el sistema romano el avanzar y mejorar de rango es una cualidad inherente a la hipoteca, en cuanto se considera que grava la totalidad del inmueble sobre el que recae. A lo que se debe añadir que el avance se produce automáticamente. En cambio, el derecho de aprovechar los puestos fijos que quedan vacantes propio del ordenamiento jurídico suizo es un derecho personal que los interesados pueden pactar vinculándolo a un derecho real de garantía (60). No es, pues, un elemento o cualidad inherente a los derechos reales de garantía y no opera automáticamente, ya que cuando queda un puesto fijo libre lo que sucede es que el propietario debe cumplir con lo pactado y el beneficiario puede exigir su cumplimiento (61).

El sistema de determinación del rango en el Derecho suizo, igual que sucede en el Derecho alemán, está estrechamente relacionado con los diversos tipos de derechos reales de garantía admitidos y tipificados en él (62). Por

rich, 1909, págs. 329 y 330; y DRUEY, «Das forderungsentkleidete Grundpfand und das Nachrückungsrecht», en *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 60, 1979, págs. 204 y 206.

(58) Pues como observa SCHNEEBERGER, esto se desprende con claridad del texto francés del artículo 814.3 ZGB, y en este sentido debe interpretarse el texto alemán, pues «Nachrücken» no significa aquí «avanzar» sólo un rango, sino también aprovechar una casilla pasando por encima de otro derecho real de garantía. No obstante, las partes pueden determinar convencionalmente cómo se ha de producir el avance (*op. loc. cit.*, págs. 128 a 130).

WEBER (*op. cit.*, pág. 75) y LEEMAN (*op. cit.*, págs. 790 y 791) distinguen tres posibilidades: 1.^a Que el avance se produzca sólo respecto del puesto con el rango inmediatamente anterior; 2.^a El avance sucesivo. El beneficiado puede ir avanzando siempre que quede vacante el puesto precedente con mejor rango, hasta llegar al primer rango, y 3.^a El avance a saltos. El legitimado puede avanzar saltando a los puestos intermedios que vayan quedando vacantes, pasando por delante de los derechos que no estén legitimados para avanzar.

(59) Véase, WEBER, *op. cit.*, pág. 76; y LEEMAN, *op. cit.*, pág. 791.

(60) Sobre el *Nachrückungsrecht* en caso de tratarse de derechos reales de garantía de igual rango, véase AMSTAD, *op. cit.*, págs. 76 y sigs.

(61) Cfr. SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 138.

(62) En el momento de elaborar el Código Civil de 1907 el legislador suizo se encontró con la dificultad de saber si un solo tipo de derecho real de garantía era capaz de cumplir dos funciones, la de garantía y la de movilización del valor del suelo, o si,

ello no está de más aclarar que los derechos reales de garantía en Derecho suizo son la *Grundpfandverschreibung* (*hypothèque, hipoteca*), la *Gült* (*lettre de rente, rendita fondiaria*) y la *Schuldbrief* (*cédule hypothécaire, cartella ipotecaria*). Los tres se han configurado en consideración a las dos funciones básicas que están llamados a desempeñar en el sistema germánico los derechos reales de garantía, la de seguridad o garantía y la de movilización del valor del suelo. Así, mientras la *Grundpfandverschreibung*, que se corresponde con la figura clásica de la hipoteca del sistema romano, sirve al fin esencial de la seguridad, por estar destinada a garantizar un crédito de cuya existencia depende la suya propia, la *Gült*, de ascendencia germánica, existe con independencia de un crédito al que garantizar. Su función estriba básicamente en permitir la movilización del valor del suelo, para lo que se incorpora en un título valor destinado a circular en el tráfico jurídico. El tercer derecho real de garantía tipificado en el Derecho suizo, la *Schuldbrief*, es una figura intermedia entre las otras dos (63). En la medida en que reúne elementos de la *Grundpfandverschreibung* y la *Gült* puede llegar a cumplir las funciones o fines a los que se predestinan éstas (64).

Consecuencia de todo ello es que mientras respecto de la posibilidad de ocupar el puesto vacío en el que estaba una hipoteca, el pacto de avance de puestos no tropieza con grandes dificultades en la práctica, esa misma posibilidad referida a la *Gült* y a la *Schuldbrief*, en la medida en que éstos son derechos reales de garantía destinados a circular en el tráfico jurídico (65), puede ocasionar alguna disfunción en la praxis (66), ya que el Código Civil

por el contrario, se imponía crear alguno más para que fuera factible el cumplimiento de cada una de ellas. Tanto por razones prácticas como por consideraciones históricas, se llegó a la conclusión de que había que separar dos cosas muy diferentes, a saber: un derecho real de garantía cuyo objeto sería simplemente asegurar el reembolso de la deuda, y un derecho real de garantía inmobiliaria que incorporará el valor movilizado del suelo y que sería puesto en circulación. Es así como el Código Civil suizo llegó a consagrar los derechos reales de garantía que se mencionan a continuación en el texto, excluyendo cualesquiera otros (*vide*, PERRET, *op. cit.*, págs. 10 y 11).

(63) *Sic*, TUOR/SCHNYDER, *op. cit.*, pág. 735; y PERRET, *op. cit.*, pág. 58.

(64) Consúltase TUOR/SCHNYDER, *op. cit.*, pág. 734 y sigs.; PERRET, *op. cit.*, págs. 11 y 58 y sigs.; Moos, *Das Grundpfandrecht des ZGB*, Luzern, 1991, pág. 12 y sigs.; LAREIDA, *Der Schuldbrief aus Wertpapierrechtlicher Sicht*, Zürcher Studien zum Privatrecht, 47, Zürich, 1986, pág. 5 y sigs.; y MOSER, *Die Verpfändung von Grundpfandtiteln*, Zürcher Studien zum Privatrecht, 65, Zürich, 1989, pág. 55 y sigs.

(65) Como observa PERRET, el legislador suizo ha configurado la *Schuldbrief* y la *Gült* como derechos necesariamente incorporados en documentos, esto es, en títulos valores, de tal suerte que el derecho incorporado en el documento pertenece a todo propietario del mismo, como objeto mobiliario. Para dar a estos títulos la máxima movilidad, la Ley autoriza que sean establecidos al portador y también a nombre del propietario, de donde se sigue que éste puede adquirir un título ejercitable contra él mismo y, en caso de necesidad, negociarlo de nuevo (*op. cit.*, pág. 11).

(66) Véase, DRUEY, *op. loc. cit.*, págs. 208 y 209.

suizo prevé expresamente que el propietario puede negociar de nuevo el título de esos dos derechos si vuelve a tener su posesión, lo cual es posible que suceda sin que el acreedor titular del *Nachrückungsrecht* lo sepa (cfr. art. 863.2 ZGB) (67).

Por otra parte, aunque en el Derecho suizo se admite la llamada hipoteca de propietario en cumplimiento de la función de asegurar el rango (68), ésta no es una pieza clave en la construcción del sistema suizo de puestos fijos (69), a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán.

3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA ROMANO Y DEL SISTEMA GERMANICO

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

3.1. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA ROMANO

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

El sistema romano es, además, perfectamente coherente con la responsabilidad reforzada del deudor que comportan los derechos reales de garantía. Piénsese en que en el Derecho alemán, como a raíz de la ejecución forzosa de una hipoteca el propietario que tenga en sus manos una *Eigentümergrunds-*

(67) Véase, SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 148.

(68) Consúltase, WEBER, *op. cit.*, pág. 52.

(69) Según LEEMANN el fin de la reserva de rango puede también conseguirlo el propietario mediante la constitución de una hipoteca de propietario bajo la forma de *Schuldbrief* o de *Gült*, para ello sólo tiene que ser constituido el derecho real de garantía, a diferencia de la mera reserva de rango (*op. cit.*, pág. 783).

Consúltase sobre las diferencias entre la reserva de rango, los puestos fijos vacíos y la hipoteca de propietario en el Derecho suizo, GAUTSCHI, *Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes nach Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Davos, 1928, págs. 156 y 157.

chuld de peor rango tiene derecho a participar en el remanente obtenido en la subasta con preferencia a otros acreedores hipotecarios posteriores, se favorece —en detrimento, por tanto, de éstos— a los acreedores comunes del propietario cuyos créditos no están garantizados con derechos reales de garantía inmobiliaria y que, en consecuencia, no tienen ninguna relación directa con el bien gravado con la hipoteca que se ejecuta, al poder éstos agredir (*ex art. 1.911 del Código Civil*) la parte del remanente que recibió el propietario en igualdad de condiciones que los acreedores hipotecarios posteriores, los cuales sólo podrán reclamar por el crédito sin valerse de la hipoteca (70). En cambio, en el sistema latino, siempre cobrarán con preferencia del remanente de la subasta del inmueble gravado los acreedores hipotecarios, lo cual parece justo por tener éstos una relación directa con el bien hipotecado.

En nuestro país, dada su tradición romanista, la instauración del sistema germánico debería venir acompañada de una reforma profunda del Derecho inmobiliario registral y comportar la creación de nuevos derechos reales de garantía inmobiliaria, pues, de lo contrario, podría causar graves disfunciones difíciles de solucionar, porque admitir la parcelación del valor de un inmueble supone negar la fuerza expansiva de la hipoteca sobre su objeto, lo cual va en contra de su configuración jurídica actual, y porque carece nuestro ordenamiento jurídico de derechos reales de garantía destinados a cumplir la función de movilizar el valor del suelo, no accesorios de un crédito y susceptibles de incorporarse en títulos valores destinados a circular en el tráfico jurídico con normalidad (71), que es lo que en mayor medida justificaría la implantación del sistema germánico.

A lo anterior hay que añadir que la llamada hipoteca de propietario hoy por hoy parece inadmisibles en el ordenamiento jurídico español tal como se regula en el Derecho alemán, por tener la hipoteca en nuestro Derecho carác-

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

(71) Destaca, no obstante, ALVAREZ-CAPEROCHIPPI, la autonomía formal del rango respecto del crédito que se observa en algunos supuestos en nuestro ordenamiento jurídico (*Curso de derechos reales*, t. II, Madrid, 1987, pág. 142 y sigs.). Véase también, LUESO, «La hipoteca, la deuda territorial y la renta inmobiliaria en Alemania», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1927, pág. 283.

ter indivisible, accesorio y producirse su extinción en caso de reunirse en una misma persona las cualidades de acreedor y propietario del inmueble (72).

Tampoco hay que olvidar que en los ordenamientos de raíz latina el sistema de parcelas de valor no se ha practicado (73) ni es conciliable con la doctrina tradicional (74).

En contra del sistema de avance de puestos se ha dicho que la desaparición de una hipoteca produce un enriquecimiento injusto (75) y una ventaja inmerecida en favor de los acreedores cuyas hipotecas mejoran de rango (76), por no haber contribuido éstos al pago del crédito que la hipoteca extinguida garantizaba. Además, el acreedor fija en general las condiciones del préstamo (en particular el tipo de interés) sobre la base de la garantía inmobiliaria, tal como se presenta en el momento de la constitución del derecho real de garantía. Cuando la hipoteca avanza de rango se produce entonces una desproporción entre las condiciones del préstamo que permanecen inalteradas y la garantía inmobiliaria que aumenta y se refuerza. Los acreedores subsiguientes se benefician así de un mejor rango y de un tipo de interés elevado, mientras si el propietario desea concertar un nuevo préstamo se ve obligado a hacerlo en unas condiciones más gravosas y desventajosas para él. También se ha objetado al sistema de rango móvil que es poco práctico porque se grava todo el valor del fundo con una sola hipoteca (77).

3.2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA GERMÁNICO

En pro del sistema germánico se suele alegar que responde mejor a la equidad y a la justicia porque no genera a favor de los acreedores poste-

(72) En el mismo sentido se pronuncia SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 67. A favor de la admisión de la hipoteca de propietario se pronuncia VALLS LLORET, *El rango hipotecario*, Memoria de licenciatura, Barcelona, conclusión undécima.

(73) Aunque parece que en algunos supuestos (aislados) nuestro Derecho acoge el sistema germánico, como son los casos de hipoteca del artículo 113 LH o de las anotaciones de crédito **refraccionario**, se trata de excepciones de muy difícil generalización y que responden a razones diferentes de las que influyen en la legislación germánica (véase, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 712).

(74) Sic, LACRUZ/SANCHO, «Derecho Inmobiliario Registral», en *Elementos de Derecho Civil, III bis*, Barcelona, 1984, pág. 127.

(75) BOLLAIN, puntualiza, que no se trata de un caso rigurosamente técnico de enriquecimiento injusto por no concurrir alguno de los requisitos que se exigen para apreciar esta institución, ya que el desplazamiento patrimonial que se produce es conforme con el Derecho objetivo (*op. loc. cit.*, pág. 167).

(76) Así, VALLS LLORET, *op. cit.*, conclusión novena; BOLLAIN, *op. loc. cit.*, pág. 165; ROCA SASTRE/ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 234; GUILARTE ZAPATERO, *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Barcelona, 1966, págs. 69 y 70.

(77) Vide, BOLLAIN, *op. loc. cit.*, pág. 166; y LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 190.

riores una innmerceda ventaja a costa del propietario (78). Ello es así, se dice, porque el propietario que ha pagado un crédito garantizado con un derecho real de garantía de rango preferente —quedando extinguido éste por esa causa— tiene la posibilidad de ofrecer a un nuevo prestamista una garantía segura, al poder disponer del rango del derecho real de garantía extinguido (79). En consecuencia, las condiciones del nuevo préstamo normalmente no serán más onerosas para el propietario que las del anterior, al estar asimismo asegurado con un derecho real de garantía inmobiliaria de igual rango.

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

En contra del sistema germánico se ha objetado en nuestro país, básicamente, que probablemente fracasaría en la práctica por lo arraigadísima que está la regla romana del avance de puestos en la vida española, y que conceptualmente es imposible llegar de manera absoluta a la parcelación del valor de un inmueble y negar la fuerza expansiva de la hipoteca, como la de todo derecho real, sobre su objeto (80).

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

(78) Piénsese en que, como ya se ha dicho al criticar el sistema de avance de puestos, por el mayor riesgo que corren los acreedores con créditos asegurados por derechos reales de garantía de segundo o ulterior rango, se impone al deudor el pago de un tipo más elevado de interés y, en ocasiones, una obligación de amortización anticipada, por lo que no se justifica que sin más, automáticamente, un derecho de rango inferior se beneficie de un mejor rango manteniéndose inalteradas las condiciones inicialmente pactadas (así, RIEMER, *op. cit.*, pág. 107).

(79) Véase, ROCA SASTRE/ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 234 y sigs.

(80) Así, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 65 y 67. En contra se pronuncia BOLLAIN, *op. loc. cit.*, págs. 237 y sigs., y 315.

4. EVOLUCION DEL SISTEMA GERMANICO EN EL DERECHO ALEMAN Y EN EL DERECHO SUIZO

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

4.1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ALEMÁN

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

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

A finales del siglo pasado los derechos reales de garantía inmobiliaria de primer rango fueron constituidos, por regla general, a favor de instituciones de crédito de carácter público, mientras el segundo rango frecuentemente fue ocupado por derechos reales de garantía inmobiliaria constituidos a favor de prestamistas privados y especuladores que a cambio exigían unos elevados intereses y esperaban, en última instancia, hacerse dueños del inmueble en el momento de la realización forzosa de valor. Con la institución de la *Eigentümergrundschild* el legislador impedía su innmercido avance, por lo que a los interesados quedaba confiado el producirlo negocialmente (81). Para ello

(81) Consúltase SCHAPP, «Die Reform des Rechts der Löschungsvormerkung und das System des Grundpfandrechts», *Juristische Schulung*, 1979, pág. 545; y *Sachenrecht*, cit., pág. 257.

era necesario que los acreedores con garantía real inmobiliaria posteriores y el propietario del inmueble gravado acordaran que éste quedaba obligado a cancelar un derecho real de garantía de rango preferente en cuanto lo adquiriera bajo la forma de *Eigentümergrundschild*, tras producirse el fenómeno de la consolidación entre el dominio y el derecho real de garantía en cuestión. Este derecho a la cancelación de los acreedores posteriores podía asegurarse mediante anotación preventiva y fue, en general, designado como *Löschungsanspruch* (derecho de cancelación) y la anotación correspondiente como *Löschungsvormerkung* (anotación preventiva de cancelación) (82).

Tras la Primera Guerra Mundial la financiación de la construcción fue el centro de atención de los negocios hipotecarios. Las instituciones de crédito públicas y los Bancos concedieron entonces también préstamos asegurados con derechos reales de garantía inmobiliaria de segundo o ulterior rango, a los que se imponía un tipo de interés poco más elevado que a los asegurados con derechos de garantía de primer rango. En esta coyuntura no existía una causa decisiva para excluir el avance de puestos de los acreedores subsiguientes. El derecho de cancelación y su anotación se acordaron entonces como cláusula de estilo en los contratos constitutivos de derechos reales de garantía inmobiliaria y devinieron la regla general (83). En el momento de la reforma fueron inscritas en el 99 por 100 de los casos anotaciones de cancelación (84).

A consecuencia de ello el procedimiento de inscripción resultaba extraordinariamente entorpecido y dificultado, pues eran muchos los detalles que debían constatarse y grandes los costes derivados de ello, causados sobre todo por la necesidad de inscribir la anotación de cancelación en los derechos de rango preferente (85). La reforma de 1 de enero de 1978 tuvo exclusivamente el fin de simplificar este procedimiento (86).

(82) Véase, sobre la anterior regulación, SCHMIDT, «Rangrücktritt des von einer Löschungsvormerkung betroffenen Rechts hinter das Zwischenrecht des Vormerkungsberechtigten!», en *Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariat in Baden - Württemberg*, 1968, págs. 277 y sigs.; y VOIGT, «Rangrücktritt und Löschungsvormerkung», en *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern*, 1912, pág. 412 y sigs.

(83) Como observa KOLLHOSSER, lo que legalmente fue pensado como excepción devino la regla general en la práctica [«Die neuen gesetzlichen Lösungsansprüche» (§§ 1179 a), b), 1192 BGB), *Juristische Arbeitsblätter*, 1979, pág. 176].

(84) Véase, SCHAPP, *Sachenrecht*, cit., pág. 257; y «Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 545.

(85) Esto resultó especialmente complejo y caro en el caso de las *Briefhypothek* y las *Briefgrundschild*, porque los titulares de estos derechos reales que eran preferentes tenían que remitir la *Brief* (cédula) al Registrador, para que éste hiciera constar en ella la anotación y se la devolviera después (Vide, SCHAPP, *Sachenrecht*, cit., pág. 258; y «Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 546; WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 167; KOLLHOSSER, *op. loc. ult. cit.*, pág. 176; y KISSEL, «Änderung sachen- und grundbuchrechtlicher Vorschriften», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, págs. 1760 y 1762).

(86) Como señalan SCHWAB y PRÜTTING, con esta nueva regulación debían ser descongestionados los Registros de la Propiedad, pues la inscripción de anotaciones preven-

El legislador acometió dicho fin en el § 1179 a) BGB (ex §§ 1192 y 1196 BGB aplicable también a la *Grundschuld*) (87). Según el § 1179 a) I 1 BGB corresponde legalmente el derecho de cancelación (88), que hasta entonces sólo tenía fundamento negocial, al acreedor titular de hipoteca de rango ulterior contra el propietario (89). Ha devenido, pues, contenido legal de las hipotecas (90). El § 1179 a) I 3 BGB determina que el derecho de cancelación es asegurado igual que si hubiera sido inscrita al constituirse la hipoteca una anotación preventiva en el Registro. El derecho legal de los acreedores hipotecarios es así asegurado por una anotación preventiva fingida legalmente (91). Como la anotación no precisa un sustrato negocial, tampoco es necesaria su inscripción (92). El fin perseguido por la reforma es así logrado. Las condiciones generales de la contratación y también las estipulaciones contractuales individuales sobre el *Löschungsanspruch*, que antes se solían plasmar en los contratos relativos a hipotecas, rigen en la actualidad por Ley sin necesidad de acuerdos contractuales.

tivas de cancelación a favor de acreedores hipotecarios había devenido la regla (*op. cit.*, pág. 302). Véase también, KOLLHOSSER, *op. loc. ult. cit.*, pág. 176; SCHAPP, «Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 546; WESTERMANN, *op. cit.*, págs. 166 y 167; GERHARD, *op. cit.*, pág. 103; KONZEN, *Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 6, 1990, pág. 1469; KISSEL, *op. loc. cit.*, pág. 1760; y REITHMANN, «Die Grundpfandrechte in der Rechtswirklichkeit», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pág. 661 y sigs.

(87) Sobre la constitucionalidad de la regulación contenida en la Ley de 22 de junio de 1977 (*Gesetz zur Änderung sachenrechtlicher, grundbuchrechtlicher und anderer Vorschriften*), que entró en vigor el 1 de enero de 1978, por lo que hace a los §§ 1179 a) I y 1196 III BGB, véase la Sentencia del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) de 22-1-1987, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pág. 2078 y sigs.

(88) Existen, sin embargo, ciertos supuestos en los que la cancelación no puede ser exigida, consúltase sobre esto, WOLF, *Sachenrecht, München*, 1989, pág. 325; EICKMANN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1986, pág. 1692; y KONZEN, *op. loc. cit.*, pág. 1473. Es interesante la justificación que da KOLLHOSSER de algunos de estos supuestos, en *op. loc. ult. cit.*, pág. 179 y sigs.

(89) Consúltase, KOLLHOSSER, *op. loc. ult. cit.*, pág. 178.

(90) Véase, SCHAPP, *Sachenrecht*, cit., pág. 258; y «Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 546; WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 167; KONZEN, *op. loc. cit.*, págs. 1469 y 1470; WOLF, *op. cit.*, pág. 325; y EICKMANN, *op. loc. ult. cit.*, págs. 1689 y 1690.

(91) Consúltase SCHAPP, *Sachenrecht*, cit., pág. 258; y «Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 545; WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 167; y SCHWAB/PRÜTTING, *op. cit.*, pág. 302.

(92) No sucede lo mismo cuando se trata de derechos reales limitados distintos de los de garantía. Los titulares de otros derechos (de usufructo, de servidumbre, etc.) pueden pactar con el propietario, que éste, en caso de producirse una consolidación entre un derecho real de garantía y la propiedad, se obliga a cancelar la *Eigentümergrundschuld* que se origina a su favor. Pueden asegurar este derecho de cancelación de origen convencional mediante una anotación preventiva conforme al § 1179 BGB (consúltase, SCHWAB/PRÜTTING, *op. cit.*, pág. 301; BASSENGER, *op. loc. cit.*, pág. 1264; MÜLLER, *op. cit.*, pág. 463; KONZEN, *op. loc. cit.*, pág. 1466 y sigs.; y WOLF, *op. cit.*, pág. 326).

En el § 1179 a) II 1 BGB la Ley confía ahora a los partícipes excluir el derecho de cancelación legal mediante negocio jurídico, con carácter general o para casos concretos (93). Esta exclusión representa en la actualidad un cambio negocial del contenido legal de la hipoteca (94).

Piénsese en que el interés de los acreedores legitimados para ejercitar el *Löschungsanspruch* reside sobre todo en ser satisfechos con preferencia (frente al propietario titular de la *Eigentümergrundschild*) con el precio que se obtenga en la ejecución de la finca hipotecada. Si el propietario no consiente su ejercicio, al acreedor favorecido con dicho derecho se le reconoce legitimación para interponer una acción (95).

La aludida reforma de 1 de enero de 1978 (96) sugiere la cuestión de por qué el legislador no ha renunciado a la institución de la *Eigentümergrundschild*, ya que si bien es cierto que el principio del rango móvil fue eliminado por esta figura jurídica, no lo es menos que el *Löschungsanspruch*, como contenido legal de la hipoteca junto con la fingida anotación del mismo, supone ahora la supresión de la *Eigentümergrundschild* y pone de nuevo en vigor el sistema del rango móvil (97). Pues bien, la *Eigentümergrundschild* es útil todavía tras la reforma para una serie de casos prácticos significativos. Sirve para la llamada financiación intermedia (98) y para salvaguardar el rango en ciertos supuestos (99). Además, con la supresión de la *Eigentümergrundschild* la regulación de la *Grundschild* hubiera precisado una modificación. Junto a estos motivos prácticos, contra una total eliminación de la *Eigentümergrundschild*, se pronuncian también motivos de sistemática jurí-

(93) Vide, WOLF, *op. cit.*, pág. 326; KOLLHOSSER, *op. loc. ult. cit.*, pág. 182; y EICKMANN, *op. loc. ult. cit.*, pág. 1696.

Es interesante sobre la exclusión del *Löschungsanspruch* la Sentencia del OLG de Düsseldorf de 8-2-1988 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, págs. 1798 y 1799).

(94) Véase, sobre todo esto, SCHAPP, *op. cit.*, pág. 258; y WESTERMANN, *op. cit.*, pág. 168.

(95) Véase, KONZEN, *op. loc. cit.*, pág. 1475.

(96) Sobre los problemas que plantea la nueva regulación, consúltese, KOLLHOSSER, «Neue Probleme bei Abtretung und Verpfändung von Grundschulden», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1979, pág. 232 y sigs.

En particular, sobre cuestiones de derecho transitorio, véase, BRYCH/MEINHARD, «Der gesetzliche Löschungsanspruch bei Rangrücktritt von Altrecht», en *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*, 1978, pág. 138 y sigs.

(97) Véase, SCHAPP, *op. cit.*, pág. 260; WEIRICH, *op. loc. cit.*, pág. 341; y HOFMEISTER, *op. loc. cit.*, pág. 150.

(98) Véase sobre esta función de la *Eigentümergrundschild*, WINKLER, «Die Zwischenfinanzierung durch Abtretung vorläufiger Eigentümergrundschulden», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, pág. 414 y sigs.

(99) Así, según WEIRICH, la *Eigentümergrundschild* es en algunos casos más práctica que la reserva de rango, pues: es independiente de la constitución de un derecho gravado con la reserva; es transmisible; y no puede originar ningún problema por relaciones de rango relativas (*op. loc. cit.*, pág. 347).

dica, porque esta institución garantiza la construcción unitaria de fenómenos jurídicos muy distintos y asegura con ello el orden y la claridad del conjunto del ordenamiento jurídico (100). A todo lo anterior se debe añadir que la exclusión del *Löschungsanspruch*, que, en su caso, tiene lugar ahora negocialmente, establece de nuevo la función clásica de la *Eigentümergrundschuld*, la cual a la vez deroga el principio del rango móvil (101).

4.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO SUIZO

Hasta el momento de la entrada en vigor del Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907, la regulación del Derecho inmobiliario registral sobre el tema que tratamos en los distintos Códigos cantonales era diferente. Así, mientras ciertos cantones habían adoptado una reglamentación análoga a la del Código Civil alemán, otros (en especial los de la Suiza occidental) tenían una normativa que más bien respondía a las directrices del sistema romano (102).

Al elaborarse el *Zivilgesetzbuch* de 1907, el legislador suizo ante el dilema de tener que decidirse entre el sistema germánico o el latino de determinación del rango, optó por el primero, fundamentalmente porque en él, además de la función de seguridad, también cumplen los derechos reales de garantía la función de movilizar el valor del suelo y pueden incorporarse en títulos valores para circular en el tráfico jurídico (103).

A pesar de que la intención del legislador fue instaurar el sistema de puestos fijos admitiendo solamente la posibilidad de pactar el *Nachrückungsrecht* con carácter excepcional (104), pronto se extendió en la práctica la

(100) Según SCHAPP, el legislador hizo bien cuando con ocasión del fin limitado por él perseguido de simplificar el procedimiento registral, no asumió la difícil tarea de concebir nuevamente toda la normativa sobre hipoteca y *Grundschuld* (*op. cit.*, pág. 260). Véase también de este autor, «Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 546.

(101) Así, SCHAPP, *op. cit.*, págs. 260 y 261.

(102) Vide, BOSSHARD, *op. cit.*, pág. 1; SCHNEEBERGER, *op. loc. cit.*, pág. 114; y WIELAND, *op. cit.*, pág. 326.

(103) Consúltase, sobre esto, BOSSHARD, *op. cit.*, págs. 4 y 5.

Según WIELAND, la nueva legislación (la actual) abandonó también el sistema de avance de puestos por la injusticia que suponía que el acreedor posterior se beneficiara del avance de puestos, siendo ésta una ventaja a la que no tenía derecho, por haber ya impuesto al concertar el crédito unas condiciones más duras (intereses más elevados, penas convencionales, etc.) por el mayor riesgo que comporta el tener el crédito asegurado con un derecho real de garantía de segundo o ulterior rango (*op. cit.*, pág. 326).

(104) Según BOSSHARD, con las excepciones al principio de puestos fijos no sólo se trataba de hacer una concesión a los cantones del oeste de Suiza —en donde predominó el sistema de avance de puestos antes de la entrada en vigor del Código Civil suizo de 1907— adoptando una solución transaccional, porque en el ámbito de la regulación ge-

costumbre de incluir en los contratos constitutivos de derechos reales de garantía inmobiliaria, de forma constante y reiterada, una cláusula preveyendo dicho derecho a avanzar de puestos (105). En la actualidad ha devenido condición general de los contratos que se suscriben con los Bancos (106).

Se critica a esta generalización de la cláusula del *Nachrückungsrecht* que desde el punto de vista de la llevanza del Registro de la Propiedad ello ha supuesto una pérdida de claridad y ha comportado importantes complicaciones, razón por la cual resulta muy inoportuna e indeseable (107).

5. CONCLUSION

En la determinación del rango hipotecario cabe distinguir, a mi modo de ver, dos aspectos.

El aspecto que podríamos llamar estático es el relativo al criterio determinante del rango. En nuestro ordenamiento jurídico, este criterio, como es conocido, es el de la prioridad temporal, esto es, la fecha de inscripción de los derechos en el Registro de la Propiedad (vgr., la que consta en el asiento de presentación) (108).

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

En este trabajo objeto de estudio es el aspecto dinámico del rango, en concreto, su alteración por ministerio de la Ley. Tras ver los sistemas de determi-

neral suiza de los derechos reales de garantía, en consideración a especiales circunstancias, parece equitativo y justo conceder en ciertas ocasiones el derecho a avanzar de puestos (*op. cit.*, pág. 6).

(105) Consúltase, TUOR/SCHNYDER, *op. cit.*, pág. 758; WEBER, *op. cit.*, pág. 73; LEE-MANN, *op. cit.*, pág. 799; y GUHL, *op. cit.*, pág. 35.

Según BOSSHARD, como no pone la Ley ninguna limitación a los motivos para establecer una cláusula de avance de puestos existe el riesgo de que por una exagerada aplicación de dicha cláusula la regulación fundamental devenga ilusoria, como parece ser el caso de la realidad, lo que ha dado lugar a múltiples críticas justificadas (*op. cit.*, pág. 19).

(106) Vide SIMONIUS/SUTTER, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, Band II, Basel, 1990, pág. 178; AMSTAD, *op. cit.*, pág. 8; BOSSHARD, *op. cit.*, pág. 75; y WEBER, *op. cit.*, pág. 73.

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

(107) Véase, LEE-MANN, *op. cit.*, pág. 790; BOSSHARD, *op. cit.*, pág. 19; y GUHL, *op. cit.*, pág. 35.

(108) Consúltase, sobre esto, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 615 y 618.

nación del rango, los argumentos esgrimibles a favor y en contra de cada uno de ellos y la evolución del sistema germánico en el Derecho alemán y en el suizo, ha lugar ahora a tomar posición sobre si conviene seguir manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico el sistema romano o latino de ordenación variable del rango, que ha regido tradicionalmente en nuestro país, o si, por el contrario, mejor sería acoger el sistema germánico clásico de rango fijo.

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

A favor del sistema germánico se pronuncian, como hemos visto, los poderosos argumentos de ser más avanzado —al procurar la movilización del valor del suelo y el libre tráfico de los títulos en los que se incorporan derechos reales de garantía inmobiliaria— y teóricamente más perfecto, justo y equitativo en cuanto evita un supuesto enriquecimiento injusto de los acreedores titulares de derechos reales de garantía de rango posterior al que se extingue y hace posible que el propietario consiga nuevos créditos en óptimas condiciones (109).

A estos argumentos cabe oponer que en nuestro ordenamiento jurídico se sigue asignando a los derechos reales de garantía inmobiliaria la clásica función de asegurar la efectividad de un crédito sin que, al menos por el momento, se sienta la necesidad de atribuirles la función de movilizar el valor del suelo, de crear derechos reales de garantía nuevos o de introducir el sistema germánico (110). La admisión de todo esto pienso que vendría a complicar

(109) Recuérdese que fueron básicamente estas consideraciones las que motivaron que el legislador suizo se decantase por el sistema germánico, en el momento de elaborar el Código Civil suizo (*vide, supra*, el epígrafe 4.2.).

(110) En el Anteproyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de don José María de Porcioles y Colomer se intentó implantar en España el sistema de puestos fijos. En él se establecía: «La preferencia excluyente o de mejor rango entre derechos de posible registración sobre una misma finca o derecho se determinará por la prioridad de su ingreso en el Registro, cualquiera que fuere la fecha de su constitución. Consignado un derecho en el Registro, no podrá tomarse razón de ningún otro que se le oponga o resulte incompatible mientras aquél no se cancele. El rango hipotecario de los derechos reales de posible concurrencia sobre una misma finca o derecho tendrá la consideración de valor patrimonial negociable, con las limitaciones establecidas en esta Ley. La fecha del asiento determinará el rango hipotecario, sin que la cancelación de los derechos anteriores o su adquisición por el titular de la finca o derecho permita a los posteriores ocupar el puesto libre, salvo lo dispuesto en la presente Ley... El puesto libre en virtud de una cancelación parcial será de rango inmediato inferior de la parte de hipoteca o derecho real que quede

enormemente nuestro sistema jurídico inmobiliario (111) y que podría resultar muy perturbador, no sólo porque entraría en contradicción con principios vigentes en el Derecho español como son el carácter accesorio de los derechos reales de garantía y los de confusión y consolidación (112) (lo que haría

subsistente. Los rangos pueden ser objeto de modificaciones, cesiones o cambios, mediante el consentimiento de sus respectivos titulares. El del dueño del inmueble o derecho sobre que recaigan aquéllos, y el de los titulares de rangos intermedios, sólo serán necesarios cuando puedan resultar perjudicados. El pacto por el que se reconozca a los titulares de rangos posteriores el derecho a ocupar los puestos preferentes que queden libres, será válido siempre que el crédito posterior no sea más oneroso que el anterior, o si lo fuere, se conviniere su reducción desde el momento del avance de rango... El titular registral, al contratar un gravamen hipotecario o su derecho de posible concurrencia, podrá reservarse un rango preferente de cuantía determinada. Asimismo podrá disponer de los puestos que hubieren quedado libres... Las reservas de rango se extinguirán totalmente cuando se cancelen todas las cargas y gravámenes posteriores y siempre que las fincas o derechos que recaigan fuesen enajenados para hacer efectivo algún crédito inscrito o anotado. En este caso se producirá un avance legal de puesto» (*vide, Leyes hipotecarias y registrales de España*, t. III, Madrid, 1990, págs. 7 y 10).

Este sistema diseñado en el mencionado Anteproyecto no prosperó. Las razones se entrevén en el Preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma de la Ley Hipotecaria, cuando se justifica (reproduciendo lo que ya figuraba en el Proyecto de Ley) la inadmisión de la hipoteca de propietario y de la deuda territorial (*Grundschuld*) —estrechamente vinculadas con el sistema germánico en su versión alemana— con las siguientes palabras: «La hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *nemini res sua servit* y del tradicional carácter accesorio de nuestra hipoteca. Esta forma de garantía no goza hoy del predicamento que en pasadas fechas obtuvo. Conforme arguyen los mismos tratadistas de los países que le dan acogida, se trata de una modalidad hipotecaria extremadamente compleja que, a una gran discrepancia teórica, ha sumado múltiples dificultades prácticas. Tampoco se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial. Por su carácter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución del patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente. No obstante, se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad ésta muy destacada en la deuda territorial, digna, además, de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejorada la situación del deudor, sin quebrantar ninguno de sus posibles acreedores» (*vide, Leyes hipotecarias y registrales de España*, cit., págs. 35 y 251).

(111) Téngase en cuenta, además, que la gran complejidad del sistema germánico se pone de manifiesto por el hecho de que la regulación del aspecto dinámico del rango de los derechos reales de garantía es distinta de la del resto de derechos reales limitados, y que hay que coordinar ambas. Así, por ejemplo, sobre la coordinación de una y otra regulación, cuando concurren derechos reales de garantía con otro tipo de derechos reales limitados en el Derecho suizo, dice PIOTET, que los puestos fijos (estén libres u ocupados por derechos reales de garantía) se rigen por las reglas generales en sus relaciones recíprocas y en sus relaciones con las servidumbres y las cargas inmobiliarias, en particular avanzan de rango cuando una servidumbre o una carga inmobiliaria anterior se extingue o cuando un puesto fijo (libre u ocupado) que les precede es suprimido (*Traité de Droit Privé Suisse*, t. V, 3, Fribourg, 1978, pág. 16; y *Schweizerisches Privatrecht*, cit., pág. 532).

(112) Piénsese en que como consecuencia del proceso de movilización del valor del suelo, al circular los títulos en los que se incorporan derechos reales de garantía, como

inevitable acometer una profunda reforma del mismo), sino también por carecer los operadores jurídicos en nuestro país de experiencia sobre la dinámica y funcionamiento del sistema germánico y por no existir una demanda generalizada por su parte en ese sentido (113).

De otro lado, no me parece que el sistema de avance de puestos genere el reprochable enriquecimiento injusto que se le suele objetar, porque si bien es cierto que los acreedores fijan normalmente unas condiciones más gravosas para las segundas y ulteriores hipotecas que para las primeras, no lo es menos que, seguramente, las condiciones serían mucho más gravosas o provocarían incluso la desaparición de las segundas hipotecas del tráfico jurídico, de no contar los acreedores con el eventual avance de puestos (114) y consiguiente mejora de rango de sus derechos (115).

Además, pienso que es más justo que sean los acreedores hipotecarios quienes tengan preferencia para cobrar sobre el bien hipotecado frente al propietario y frente a los acreedores comunes de éste. Frente al propietario porque éste responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (cfr. art. 1.911 del Código Civil), y frente a sus acreedores comunes por la relación directa que une a los acreedores hipotecarios con el bien gravado, de la que aquéllos carecen. Así lo ha venido a reconocer el propio legislador suizo (que, recuérdese, eligió el sistema de puestos fijos) (116) en la medida en que, como vimos, resuelve este conflicto de intereses a favor de los acreedores hipotecarios cuando tiene lugar la realización de valor, ya que en ese momento decisivo los puestos que están vacantes o libres (hasta enton-

cosas muebles, podría darse el caso de que el propietario y deudor del inmueble adquiriera él mismo el título que representa parte del valor de su inmueble, deviniendo entonces acreedor y deudor a la vez y titular de un derecho real limitado sobre su propia cosa. Sobre esto es interesante la Exposición de motivos del Código Civil suizo, donde el legislador habla con detalle de la función de movilización del valor del suelo (consúltese, PERRET, *op. cit.*, pág. 61 y sigs.).

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

(114) En este sentido es interesante destacar que cuando se pacta el *Nachrückungsrecht* en el Derecho suizo, esto suele venir acompañado de una mejora de las condiciones del préstamo (*vide, supra*, el epígrafe 2.2.2.).

(115) En sentido parecido se pronuncia GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 715.

(116) *Vide, supra*, el apartado 4.2.

ces, pues, a disposición del propietario) no son tenidos en cuenta, por lo que, en consecuencia, los derechos reales de garantía inmobiliaria de rango ulterior avanzan y mejoran de rango, sin que al propietario, por los puestos fijos vacantes, se le asigne nada (susceptible de ser agredido por sus acreedores comunes) con preferencia a sus acreedores hipotecarios (117).

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

La evolución de los Derechos alemán y suizo demuestra que en la vida real y práctica dicho conflicto de intereses se resuelve a favor de quien está en mejor situación para imponer sus condiciones, esto es, a favor de los acreedores, que sólo están dispuestos a conceder créditos si sus intereses se encuentran convenientemente salvaguardados, mediante la estipulación de una serie de garantías y condiciones entre las que se halla, cuando se constituyen hipotecas, la expectativa de avanzar de puesto en el caso de desaparecer un derecho real de garantía inmobiliaria de rango preferente. Frente a los acreedores que intentan por todos los medios preservar sus intereses, el propietario necesitado de dinero, incluso en los países en que está vigente el sistema germánico, no tiene más remedio que doblegarse a las exigencias de aquéllos permitiendo el avance y mejora de rango de los derechos reales de garantía inmobiliaria, cuando haya lugar a ello. Esto es así hasta el punto de que, como hemos visto, en Alemania ese interés de los acreedores en avanzar de puestos y mejorar de rango ha encontrado reflejo legal en el § 1179 a) BGB (118), mientras en Suiza el sistema de puestos fijos que el legislador concibió como regla general, está deviniendo la excepción en la práctica, por ser frecuente pactar el avance de puestos.

A todo lo anterior hay que añadir que las deficiencias del sistema español pueden ser corregidas mediante la negociación del rango, admitida por la doctrina española con fundamento, básicamente, en los siguientes preceptos: en el artículo 1.255 del Código Civil, en el que se consagra el principio de

(117) Gráficamente se ha dicho que el sistema de puestos fijos tiene significación al principio, en el momento de constituirse los derechos reales de garantía, mientras al final, al proceder a la realización de valor, prevalece el sistema contrario de avance de puestos (así, TUOR/SCHNYDER, *op. cit.*, pág. 759).

(118) Como pone de relieve SCHAPP, el legislador con la reforma no entró a valorar intereses sino que se limitó a aceptar la situación que en la praxis se había formado («Die Reform...», *loc. cit.*, pág. 546). Véase también REITHMANN, *op. loc. cit.*, pág. 663).

autonomía de la voluntad; en los artículos 24 y 25 LH, de los que resulta que el principio de prioridad resultante de los mismos no implica una coactividad tal que impida a los interesados modificar el rango de común acuerdo; y en el artículo 241 RH, en el que se contempla la posposición de rango. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo también han admitido en reiteradas ocasiones la negociabilidad del rango (119).

La admisión de la negociabilidad del rango, como observa GARCÍA GARCÍA, flexibiliza el sistema y permite llegar en ocasiones a situaciones similares a las del Derecho alemán, aunque no sean del todo coincidentes (120), por lo que parece innecesario e incluso inoportuno cambiar el sistema romano o latino, muy arraigado en la vida jurídica de nuestro país, por el germánico, prácticamente desconocido aquí y de gran complejidad.

M.^a CORONA QUESADA GONZÁLEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona

(119) Véase, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 715; VALLS LLORET, *op. cit.*, epígrafe 3 del capítulo IV; LACRUZ, *Lecciones*, cit., pág. 191; LACRUZ/SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit., pág. 155; CHICO Y ORTIZ, «El principio de la autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, pág. 76; y DE LA RICA Y ARENAL, «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario. Innovaciones», en *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, t. I, Madrid, 1976, pág. 426.

(120) *Op. cit.*, pág. 715.