

HIPOTECA.—PACTO DE IGUALDAD DE RANGO. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.—POR SIMILITUD CON LA POSPOSICIÓN DE RANGO, ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR, AUNQUE SE ENTIENDE BASTANTE EL OTORGADO EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE NUEVA HIPOTECA CON RANGO SIMULTÁNEO. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE JUNIO DE 2003.)

Antecedentes.—Se solicita la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre la misma finca en la que ya existía una primera hipoteca a favor del mismo acreedor hipotecario, en la que se establece que «la hipoteca que se otorga en este documento tendrá rango simultáneo a la ya inscrita».

El Registrador suspende la inscripción por entender que el acreedor hipotecario no ha consentido expresamente la igualdad de rango establecida, de conformidad con el artículo 241 RH.

Posteriormente se hace constar mediante diligencia, la voluntad del acreedor hipotecario declarando que consiente expresamente en esa igualdad de rango.

Doctrina.—La DGRN entiende necesario que el acreedor hipotecario preste su consentimiento expreso al pacto de igualdad de rango establecido. Pero considera que esa voluntad expresa queda suficientemente justificada al otorgar el consentimiento en la escritura de préstamo hipotecario donde se recoge dicho pacto. Además, se presenta diligencia a la escritura conteniendo exclusivamente dicho consentimiento, por lo que cualquier duda al respecto queda disipada, y debe practicarse la inscripción solicitada.

COMENTARIO

El breve comentario que sugiere esta Resolución no es tanto relativo a si es bastante o no el consentimiento previamente prestado en la escritura de constitución del nuevo préstamo hipotecario (que entiendo que sí lo es), como el hecho de establecerse en la escritura un pacto de igualdad de rango.

En efecto, el defecto señalado por el Registrador en su nota de calificación es «no haber consentido expresamente el acreedor hipotecario» a la igualdad de rango establecida por el hipotecante con otra hipoteca constituida sobre la misma finca y a favor del mismo acreedor. Creo, al igual que la DGRN, que el hecho de que el acreedor otorgue junto con el hipotecante una escritura de constitución de hipoteca, en la cual una de sus estipulaciones o cláusulas señala expresamente que dicha hipoteca tendrá el mismo rango que otra anterior ya inscrita, pone de manifiesto, o implica que ese acreedor ya está consintiendo y prestando su voluntad, y por tanto aceptando todo lo que en esa escritura se contiene. La escritura no es sino el continente o el vehículo de expresión de la voluntad de los otorgantes; luego no puede ignorarse el consentimiento expreso del acreedor a ese pacto de igualdad de rango, cuando aparece recogido en la propia escritura que se otorga.

En este sentido, conviene recordar las palabras de NÚÑEZ LAGOS (1) al hablar sobre la importancia del consentimiento en los negocios jurídicos y su

(1) Véase NÚÑEZ LAGOS, R., *Estudios de Derecho Notarial*, tomo I, Instituto de España, Madrid, 1986, págs. 614-615.

relación con el documento que lo recoge: «El texto documental vale en cuanto impregnado de consentimiento. El consentimiento es la savia del documento. El documento, jurídicamente, no va más allá del consentimiento. Es inexistente lo que no cubra el manto del consentimiento». Y continúa este autor: «El texto documental tiene un principio y un final: el consentimiento cubre el texto sin lagunas, palabra a palabra —lectura íntegra— desde el principio hasta ese final. Y no solamente lo cubre, sino que lo cierra y aísla. Lo que excede del texto es inexistente por no consentido»: Por último, añade, en relación con los instrumentos notariales modernos, que siempre es imprescindible la unidad de texto y consentimiento, y es obligatorio que el Notario lea íntegramente el documento a los otorgantes, y éstos, enterados de su contenido, si están de acuerdo, así lo consienten y firman, tal y como exige el propio Reglamento Notarial.

ÁVILA ÁLVAREZ (2) recoge las palabras de NÚÑEZ LAGOS, señalando la importancia del consentimiento en el texto documental, y añade que considera suficiente (en los instrumentos intervivos) que ese consentimiento quede plasmado con la expresión «así lo otorgan» u otra semejante, sin perjuicio de que en la parte dispositiva ya conste la conformidad de los otorgantes a cada uno de los pactos que allí se contienen. Por último, la firma del documento o suscripción es una prueba más de ese consentimiento o aquiescencia.

No hay duda, entonces, de que el acreedor ya ha consentido el pacto contenido en la escritura al otorgar esta misma. Pero, además, ya no puede entenderse otra cosa distinta cuando, sin ser necesario (desde mi punto de vista), presenta para subsanar el defecto señalado y como complemento de la citada escritura, diligencia que recoge expresamente ese consentimiento. Comparto la opinión de la DGRN en este punto.

Sin embargo, creo conveniente aprovechar este comentario para criticar que el Centro Directivo no haya aprovechado esta Resolución para perfilar un poco más el pacto de igualdad de rango, la posibilidad de su admisión (que obviamente acepta), y los requisitos necesarios que deben cumplirse para que sea viable.

Es cierto que en la Resolución sólo debe entrar en los defectos recurridos, objeto de recurso, y que no puede extralimitarse a otros asuntos; sin embargo, ya que se cuestionaba en el recurso la necesidad del consentimiento del acreedor hipotecario y cómo debe plasmarse ese consentimiento cuando se establece una simultaneidad de rangos de dos derechos reales distintos (en principio, imposible), creo que habría sido una buena ocasión para dejar constancia un poco más amplia de la opinión de la DGRN.

Los derechos reales, por su inherencia, absolutividad y exclusividad, no pueden recaer o gravar la misma cosa a la vez y en igualdad de condiciones, por eso es necesario ordenarlos. Y en nuestro Derecho se configura el rango como el lugar que en ese orden debe ocupar cada derecho real, optándose asimismo por un sistema de avance de puestos, cuando el derecho con rango anterior a otro se extingue. El rango viene a ser, por tanto, una cualidad del derecho real, que, sin embargo, y en ciertas ocasiones se puede separar del mismo, convirtiéndose en un «ente» autónomo, objeto de negociación. Son los supuestos de negociabilidad del rango: permuta, posposición y

(2) Véase ÁVILA ÁLVAREZ, P., *Derecho Notarial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 255-258.

reserva de rango. Estos tres «negocios sobre el rango» están admitidos sin problemas por la doctrina y encuentran su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (1.255 del Código Civil) y en preceptos legales como el artículo 241 RH.

La igualdad de rango entre dos derechos reales, en principio, no podría tener cabida, pues contraviene la teoría general de los propios derechos reales de que son exclusivos y excluyentes entre sí. No obstante, basándose en la autonomía de la voluntad de las partes, la doctrina parece admitir esta posibilidad (3), y la Ley la contempla específicamente en supuestos determinados: artículo 155.2 LH (en hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso); 1.138 del Código Civil (hipoteca en garantía de crédito mancomunado); o en el caso de anotaciones preventivas de varios legados de género o cantidad cuando las mismas se hayan obtenido dentro de los 180 días siguientes al fallecimiento del causante (art. 51.2 LH). Incluso de varios preceptos legales parece admitirse la posibilidad del convenio o pacto entre varios titulares de derechos reales, de otorgarles el mismo rango: vgr. En el supuesto de presentación simultánea de varios títulos contradictorios (art. 422.4 RH); o el convenio entre varios acreedores hipotecarios al amparo del artículo 227 RH, que creo es fundamental para su admisión.

Todo esto parece inclinar la balanza hacia la admisión del pacto de igualdad de rango en el supuesto que nos ocupa, entre el hipotecante y el acreedor hipotecario para dos hipotecas distintas establecidas por ellos y sobre la misma finca. ¿Y qué requisitos serán necesarios para su admisión e inscripción en el Registro?

Creo que, en primer lugar, y como es obvio sólo puede referirse a derechos reales limitados en cosa ajena, y como dice GINER GARGALLO (4), que tengan cierta similitud entre ellos.

En segundo lugar, se trata de aplicar a este supuesto los requisitos establecidos para la posposición de rango, si contemplada expresamente en el artículo 241 RH, en concreto la necesidad de que conste el consentimiento del acreedor que haya de «posponer» su derecho. Aquí como no se trata de una posposición *strictu sensu*, nos tenemos que referir a la necesidad de que conste el consentimiento del acreedor cuyo rango se altera o modifica. Pero esto es, precisamente, lo que se critica por parte de la doctrina, que entiende (y con ellos el Notario autorizante de la escritura) que al ser supuestos distintos —la posposición y el pacto de igualdad de rango— donde no hay ningún rango que se posponga, no se puede aplicar los mismos requisitos que en el 241 RH, y que, en consecuencia, no sería necesario el consentimiento de ese acreedor hipotecario cuyo rango se modifica. La DGRN parece dejar claro en esta Resolución, por el contrario, que sí es necesario ese consentimiento, y expreso.

(3) Véase ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1995, págs. 75-85; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 736-737; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, CER, Madrid, 2001, pág. 238; GINER GARGALLO, A., «Hipoteca con pacto de igualdad de rango con otra anterior y cláusula según la cual no cabe subrogar otro acreedor en el segundo préstamo hipotecario sin subrogarlo también en el primero», en *BCEHC*, 1998, núm. 77, pág. 55.

(4) Véase GINER GARGALLO, A., *ob. y loc. cit.*

Además, parece también coherente pensar que dicho pacto es perfectamente admisible siempre que no existen titulares de derechos intermedios que puedan resultar perjudicados, porque de otro modo se estaría alterando el sistema de preferencia y prelación de créditos ya establecido. Y si existieran, ¿sería posible el pacto de igualdad de rango consentido o permitido por éstos?

Por último, ¿qué efectos tiene este pacto de simultaneidad con respecto a la ejecución?, ¿ha de aplicarse sin más la solución del 227 RH de considerarse como preferente la carga que sea simultánea a la del actor?, o por el contrario ¿hay que entender que se establece una especie de comunidad de derechos entre los derechos de igual rango, con una forma de ejecución conjunta?

Como se puede ver, existen ciertos interrogantes sobre el pacto de igualdad de rango, por lo que creo que habría sido interesante un análisis un poco más detallado por parte del Centro Directivo. Y aunque comprendo que probablemente exceda del ámbito objetivo del recurso planteado, he considerado conveniente ponerlos de relieve desde este comentario.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

PROPIEDAD HORIZONTAL. DESAFECTACIÓN DE ELEMENTO COMÚN Y COMPRAVENTA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 4 DE JUNIO DE 2003.)

Antecedentes.—Se solicita la inscripción de la modificación del edificio referido como consecuencia de la desafectación como elemento común de la vivienda de la portería, y la posterior venta a persona determinada la citada vivienda, estableciéndose una cláusula de liberación de arrastre de cargas por razón de procedencia en relación con las que actualmente pudieren pesar sobre los elementos privativos del edificio.

Doctrina.—La DGRN establece la no necesidad del consentimiento del acreedor con garantía hipotecaria constituida sobre un piso o local para la enajenación del elemento común previamente desafectado y objetivado jurídicamente, si bien aquella garantía subsistirá sobre éste en cuanto a una cuota equivalente a la que a dicho piso correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble.

COMENTARIO

El régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la inseparabilidad entre el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre la parte privativa, y la participación en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (arts. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 396 del Código Civil) no procediendo la enajenación de estos últimos sino juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable. Así pues, los actos dispositivos sobre el piso o local se extienden necesariamente a los dos elementos que, según se ha señalado, integran el complejo derecho sobre el piso enajenado o gravado.

Es principio básico de nuestro sistema que la división de finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien, de no mediar