ITINERA HYPOTHECAE: NOTAS SOBRE LOS ORÍGENES DE LA HIPOTECA Y SU EVOLUCIÓN HASTA LA CODIFICACIÓN

ANTONIO JORDÁ FERNÁNDEZ
Universidad Rovira Virgili, Tarragona

A D. Bernardino Bravo Lira,
en recuerdo del Seminario impartido durante
el mes de junio de 2007 en Tarragona (España),
del que fuimos alumnos privilegiados de su Magisterio.

RESUMEN

La evolución de la hipoteca como instrumento jurídico y económico se analiza desde sus orígenes hasta su concreción definitiva en la Codificación francesa, destacando algunos textos legales que en la Edad Media y Moderna permitieron una configuración cada vez más completa de dicha institución.

Palabras clave: *Hipoteca - Historia jurídica.*

ABSTRACT

The evolution of the mortgage like juridical and economic instrument is analyzed from the origins up to his definitive concretion in the French Codification, emphasizing some legal texts that in the Middle Ages and Modern they allowed a configuration increasingly complete of the above mentioned institution.

Key words: *Mortgage - Juridical history.*

1. LOS ORÍGENES: DERECHO DE PRENDA E HIPOTECA

Según Alvaro d'Ors, la palabra griega *hypotheca* no aparece entre los juristas clásicos romanos, salvo, escasamente, los pertenecientes a la última época. Sin embargo, no parece que presentara igualdad con la institución griega de este nombre. El uso de este término perece que fue usado en las provincias orientales para referirse a la prenda sin transmisión de posesión[1].

Inicialmente, la prenda o *pignus* era un tipo único de garantía real, en el que la entrega posesoria podía ser inmediata o diferida, pero no se diferenciaban en nada más[2]. Pero a partir

[1] D'ors, Álvaro, *Derecho privado romano* (Pamplona 1997, 9ª ed.), p. 477, n. § 418.1

[2] D 20,1,5,1: "Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt". Utilizo para la edición crítica del Corpus, *Corpus Iuris Civilis, volumen primum. Institutiones, recognovit Paulus Krueger. Digesta, recognovit Theodorus Mommsen, retractavit Paulus Krueger,* Berlín, Weidmann, 1993*; volumen secundum, Codex Justinianus, recognovit et retractavit Paulus Krueger*, reed. 1989, Berlín, Weidmann; *volumen tertium, Novellae, recognovit Rudolfus Schoell, Opus schoelli morte interceptum absolvit Guilelmus KROLL*, reed. 1993, Berlín, Weidmann.

del siglo I d.C., d'Ors indica que la prenda con entrega posesoria diferida, que solamente se había utilizado para garantizar el pago de las rentas del arrendatario rústico, empieza a generalizarse, y se aplica ya para garantizar cualquier objeto pignorable[3].

El acreedor hipotecario cuenta con una acción real para reclamar contra cualquier poseedor: era una *vindicatio utilis* que aparecía con diversos nombres[4]. Dicha acción real prevalecía contra cualquier posterior causahabiente del propietario, incluso contra quien hubiera ganado por usucapión el objeto hipotecado[5]. ¿Por qué se afianza la hipoteca? Según d'Ors, al tratarse de una garantía real sin posesión inmediata su campo de aplicación es más amplio que el de la prenda. Y ello obedece a diversos motivos. En primer lugar, la hipoteca puede constituirse no solamente sobre cosas susceptibles de posesión, sino también sobre derechos reales y de crédito, sobre un patrimonio entero, e incluso sobre bienes futuros del mismo. En segundo lugar, se puede constituir una hipoteca por un acto de disposición testamentaria, así como por presunción de la voluntad de constituirla o por directa disposición de la ley. En tercer lugar, la hipoteca permite la acumulación de garantías por distintas obligaciones sobre un mismo objeto. Esta acumulación o concurrencia de hipotecas se resuelve otorgando preferencia a la que se ha constituido con anterioridad temporal, que adquiere así prioridad. Pero esta prioridad podía ser alterada por la existencia de hipotecas "privilegiadas".

De acuerdo con lo anterior, y siguiendo a Coing, puede afirmarse que la prenda no exigía la transmisión de la posesión del bien. No existía una distinción entre la pignoración de cosas muebles e inmuebles. Tampoco se dictaron normas sobre la publicidad de las cargas existentes sobre los bienes, y no existía un registro de las mismas. Como consecuencia de ello, el rango de las cargas operaba en relación al momento de constitución de las mismas.

En el derecho romano justinianeo se dictaron disposiciones que modificaron este planteamiento inicial. Por un lado, aparecen los derechos de prenda legales, que surgen sin acto de constitución; así por ejemplo, el derecho del fisco sobre los impuestos y deudas; o el de la mujer sobre el patrimonio del marido por reclamación de dote; o el del pupilo sobre el patrimonio del tutor o curador[6]. Por otro, se aplica el concepto de créditos preferentes o privilegiados para el acreedor, independientemente del momento u origen de la carga[7].

Por último, se presta una atención especial a la forma de los actos de constitución del derecho de prenda: si se realiza en documento público, o está suscrito por tres testigos, tendría preferencia sobre otras cargas sin tener en cuenta su momento de constitución[8].

[3] D'ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 478.

[4] *Actio quasi Serviana* o *Serviana, formula hypothecaria, actio pigneraticia in rem...*

[5] *D* 41, 3, 44,5; y D'ORS, Xavier, "La manumisión del esclavo hipotecado en Derecho romano", *Anuario de Historia del Derecho Español* (=*AHDE*), 46 (1976), pp. 346-392, p. 347, y del mismo autor, "La manumisión del esclavo hipotecado en Derecho romano: II. Manumisión del esclavo bajo otras formas de garantía", en *AHDE*, 47 (1976), pp. 69-98, p. 69.

1977, p. 69. Sin embargo, advierte Álvaro d'Ors que en provincias, la *longi temporis praescriptio* se oponía a la acción hipotecaria; *vid.* D'ORS, *op. cit.*, 479.

[6] COING, Helmut, *Derecho privado europeo.* Madrid: 1996, 2 vol. I, p. 406.

[7] D, 42.5.32.

[8] C, 8.18.11.

2. UNA APROXIMACIÓN AL TEMA EN EL DERECHO MEDIEVAL HISPÁNICO

2.1. Introducción

Según indica Roca Sastre, la evolución histórica de la transferencia y gravamen de inmuebles en orden a la seguridad de las transacciones mediante su publicidad se puede concretar en tres grandes períodos[9].

En el Derecho prerromano, donde existen ciertas formalidades, poco conocidas pero aparentemente con ciertos contactos o coincidencias con otros pueblos primitivos. En el Derecho romano se observan las prescripciones ya conocidas en dicho Derecho clásico. Este Derecho se mantendría en siglos posteriores, aunque en el ordenamiento visigótico no se hace ninguna mención a las hipotecas. Finalmente, en la Edad Media, el silencio de dichas fuentes fue suplido en parte por los fueros locales y territoriales, centrando su interés esencialmente en establecer mecanismos o instrumentos que publicitasen las ventas u otos actos traslativos de inmuebles: anuncio, roboración, insinuación, registración, juicio liberatorio de cargas, etc.[10] Sin embargo, todos estos procedimientos de cierta protección de la publicidad inmobiliaria fueron poco a poco arrinconados con la definitiva recepción del *ius commune*, que hizo suyo el sistema romano negativo de publicidad[11].

2.2. La regulación de la hipoteca en Las Partidas

En las Partidas se regula de forma apenas diferenciada la prenda y la hipoteca[12]. Así, se establece que

> "Peño es propriamente aquella cosa que un ome empeña a otro, apoderandole della e mayormente quando es mueble... Toda cosa quier sea mueble, o rayz, que sea empeñada a otri, puede ser dicha peño: maguer non fuesse entregado della, aquel a quien la empeñassen"[13].

No pueden hipotecarse (darse "en peños") las "Santas cosas, e sagradas, e religiosas, assi como las esglesias, e los monumentos e las otras cosas semejantes"[14]. En cuanto a los que pueden hipotecar, solamente pueden hacerlo aquellos que

> "...han poderio de enagenar las cosas, por que son señores dellas: estos mismos las pueden empeñar a otri"[15].

---

[9] Roca Sastre, Ramón M.; Roca Sastre Moncunill, Luis, *Derecho Hipotecario.* Barcelona: 1995, 8ª ed., I, p. 143 y ss.

[10] Roca Sastre, Ramón M.; Roca Sastre Moncunill, Luis, *op. cit.*, I, pp. 146-148. Una completa visión del tema en Serna Vallejo, Margarita, *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español.* Madrid: 1996, pp. 72-96.

[11] Debe indicarse que en Cataluña, a principios del siglo XVI, se estableció un sistema para publicitar las donaciones de valor superior a 500 florines, organizándose en cada tribunal de las veguerías un libro registro de dichos actos; vid. 3ª CYADC I, 8, 9, 1 (Fernando II en las Cortes de Barcelona de 1503).

[12] Partidas (=P) 5, 13. Utilizo Las Siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López..., Salamanca, 1555, i reed. facs. Madrid, 1974.

[13] P, 5, 13, 1.

[14] P, 5, 13, 3.

[15] P, 5, 13, 7.

Las hipotecas podían considerarse generales cuando comprendían todos los bienes presentes y futuros del acreedor[16]. La hipoteca particular comprendía exclusivamente los bienes que se mencionaran expresamente:

> "...cuando alguno empeñare alguna cosa, que la debe señalar, o por su nome, o por señales, o por medida, o por otra manera qualquier, por que sea sabida ciertamente, qual es la cosa, que es dada a peños"[17].

Las hipotecas también podían distinguirse entre las caracterizadas como voluntarias, necesarias, y tácitas[18]. La hipoteca voluntaria es la que "fazen los omes entresi de su voluntad"[19]. La hipoteca necesaria es la que establece el juez cuando manda

> "[E]ntregar a alguna de las partes en los bienes de su contendor por mengua de respuesta, o por razon de rebeldia, o por juizio que es dado entre ellos, o por cumplir mandamiento del Rey".

La hipoteca tácita es la que se realiza "calladamente: maguer non es y dicha ninguna cosa". Entre las hipotecas tácitas debe incluirse la que tiene el marido sobre los bienes de su mujer o de quien prometió la dote, y la de la mujer sobre los bienes del marido por razón de la dote recibida[20]; la de los huérfanos menores de veinticinco años sobre los bienes de sus tutores[21]; la que posee el Rey sobre los bienes de sus oficiales o empleados[22], y la que tiene sobre los bienes del deudor del fisco[23]; la que poseen los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de la madre que vuelva a casarse, por razón de las arras y donaciones que el marido difunto le hubiera realizado a su favor[24]; la del legatario sobre los bienes del testador[25]; y la que posee el que presta dinero para la reparación o construcción de una nave o de una casa sobre esos mismos bienes[26].

En relación con la publicidad, el procedimiento se resiente de los mismos problemas que existían en el derecho romano. Una cosa puede ser varias veces objeto de empeño:

> "Empeñando algun ome su cosa a otro, si despues quissiere empeñar aquella cosa misma otra vez, non lo podria fazer, sin sabiduria, e sin mandado de aquel a quien la avia empeñado primeramente"[27].

Los problemas surgían cuando era preciso probar (o negar, según el caso) la existencia de una hipoteca[28]. En todo caso, el principio temporal o cronológico era el que mejor suplía los inconvenientes señalados: "Savida cosa es, e drecha, que aquel que rescibe primeramente la cosa a peños, que mayor drecho aya en ella, que el otro que la rescibe despues"[29]. Sin

---

[16] P, 5, 13, 5.

[17] P, 5, 13, 6.

[18] P, 5, 13, 1.

[19] *Ibid.*

[20] P, 5, 13, 23.

[21] P, 5, 13, 23; además, en caso de venta de los bienes de un huérfano menor de catorce años, quedan obligados a favor del huérfano hasta el pago del precio acordado (P, 5, 13, 25).

[22] P, 5, 13, 23.

[23] P, 5, 13, 25.

[24] P, 5, 13, 26.

[25] *Ibid.*

[26] *Ibid.*

[27] P, 5, 13, 10.

[28] P, 5, 13, 18.

[29] P, 5, 13, 27. También P, 5, 13, 32: "...mayor derecho ha en la cosa el primero a quien fue obligada, que el segundo que la tomo a peños".

embargo, el *prior tempore...* tenía alguna excepción: el que prestaba dinero para arreglar o reparar una casa o una nave que estaban ya hipotecados previamente, tenía preferencia para recuperar dicho importe antes que el acreedor hipotecario, "...porque con los dineros que el dio, fue guardada la cosa, que se pudiera perder"[30]. Además, las hipotecas privilegiadas (a favor del Rey o el Fisco, o de los bienes dotales de la mujer respecto al marido), tenían preferencia sobre otros acreedores[31].

2.3. La regulación de la hipoteca en los Furs de Valencia

Según Arcadi García Sanz, el derecho valenciano englobaba bajo la denominación de *penyora* la prenda, la hipoteca y la anticresis[32]. Siguiendo el derecho justinianeo, la diferencia esencial entre la prenda y la hipoteca radica en la transmisión o no de la posesión al acreedor del bien en cuestión. La primera vez que aparece el término preciso de hipoteca fue en 1403[33]. En los Fueros de Valencia se distinguían tres tipos de hipoteca: la de tipo legal o establecida por ley (la dotal[34], la del menor sobre los bienes del tutor[35], la del que contrata con el fisco o el rey[36], la hipoteca legal tácita en favor de los hijos del primer matrimonio[37]; la de los bienes del inquilino en la cosa arrendada[38]; la de los bienes del depositario por el depósito[39]); la decretada por el juez; la establecida por acuerdo voluntario de las partes.

2.4. La regulación de la hipoteca en las Costums de Tortosa

En *Costums de Tortosa* se establecen diversos tipos de hipotecas, aunque no con este nombre, pues se emplea como equivalente el de "obligació". Se detecta en dicha ordenación jurídica catalana del siglo xiii la regulación de la Hipoteca expresa, que se caracterizan porque el deudor hace constar explícitamente la obligación a la que quedarán sujetos todos sus bienes[40]. También debe señalarse la Hipoteca tácita, que podía ser especial y general. Las Hipotecas tácitas especiales seguían el esquema del derecho justinianeo: la del dueño del inmueble arrendado sobre los bienes muebles introducidos en él por el arrendatario[41]; la que posee el dueño directo sobre los frutos de la finca sometida a censal para asegurar el pago de la pensión[42]; la que se establece

[30] P, 5, 13, 28.

[31] P, 5, 13, 29 y 33.

[32] García Sanz, Arcadi, *Institucions de Dret civil valencià* (Castelló de la Plana, 1996), p. 59.

[33] *Furs de València* (=FV), 4,4,3 y 4,4,17. Seguimos la edición de Colon, Germà- Garcia Sanz, Arcadi (eds.)., *Furs de València* (Barcelona 1970-2007), 11 v. (vols. 10 y 11: Colón, Germà- García Edo, Vicenç).

[34] FV, 8, 2, 14 ; 4, 4, 8; 4, 4, 9.

[35] FV, 4, 4, 6

[36] FV, 4, 4, 10

[37] FV, 4, 4, 7.

[38] FV, 4, 4, 13 y 4, 22, 6.

[39] FV, 4, 15, 26.

[40] Aunós Pérez, Antonio, *El Derecho catalán en el siglo xiii* (Barcelona 1926), p. 113.

[41] *Costums de Tortosa* (=CT), 4,6,9 (que extiende también dicha hipoteca a los bienes muebles depositados en un leño o barca), y 4,25,9.

[42] CT, 4,26,8.

a favor del que hubiera aportado dinero para la reconstrucción de casas o leños y barcas[43]. Por su parte, en las Hipotecas tácitas generales se incluyen las relativas a los bienes de los tutores[44]; la de los hijos sobre los bienes del padre casado en segundas nupcias[45]; la del marido sobre los bienes del que prometió la dote[46]; la de la esposa sobre los bienes del marido, en garantía de la restitución del *exovar*[47]; y la de los legatarios sobre los bienes del difunto[48].

En *Costums de Tortosa* no se admitía la hipoteca privilegiada a favor del municipio, pues sólo aceptaba el clásico criterio de la prioridad temporal a favor del acreedor más antiguo:

> "Si algun hom obligarà a altre tots sos béns presents e esdevenidors, e en aprés per alguna raó obligarà atressí tots sos béns a la senyoria, primerament deu ésser pagat lo creedor que la senyoria"[49].

2.5. La regulación de la hipoteca en los Fueros de Aragón

Según Jordán de Asso[50], les especialidades propias del derecho aragonés sobre las hipotecas se concretan en una distinción entre la hipoteca condicional respecto de la hipoteca tácita. La hipoteca condicional se constituye mediante contrato, con mención expresa del bien hipotecado. Pero la efectividad de esta hipoteca es relativa, por cuanto de no deja de ser una hipoteca general en la que el deudor podrá enajenar los bienes "...a no ser que antecedentemente estuviesen emparados por los acreedores"[51]. En cuanto a la hipoteca tácita, se establece expresamente que los legatarios la tengan sobre los bienes del testador[52], a pesar de que parte de la doctrina lo niegue[53].

En el derecho aragonés, la hipoteca general a favor del Rey tiene preferencia ante la hipoteca especial realizada posteriormente[54], si bien es cierto que ante dos hipotecas, una especial y otra general, deben enajenarse en primer lugar los bienes de la hipoteca especial[55], con preferencia incluso ante la hipoteca tácita de la dote[56]. Por otro lado, el precio del arrendamiento hecho en escritura "...se cobra ante cualquier otra deuda del arrendatario"[57].

En cuanto a los efectos de la hipoteca, el primero y principal es que en caso de que el deudor no pague en el término acordado, el acreedor podrá solicitar al juez la ejecución de la

---

[43] CT, 8,5,9.

[44] CT, 4,6,3.

[45] CT, 4,6,10.

[46] CT, 4,6,7.

[47] CT, 4,6,7 *in fine*.

[48] CT, 4,6,8.

[49] CT, 7.10,3. Vid. También CT 8,5,4.

[50] Jordán de Asso y del Río, Ignacio; Manuel y Rodríguez, Miguel de, *Instituciones del Derecho civil de Castilla...* (Madrid 1792; reed. facs. Valladolid 1984), p. 169.

[51] Jordán de Asso y del Río, Ignacio; Manuel y Rodríguez, Miguel de op. cit., p. 169; Obs. 17. Utilizo *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón. Nueva y completísima edición...*, Savall y Dronda, Pascual; Penén y Debesa, Santiago (eds.): (Zaragoza 1866), 2 v.; reed. facs. 1991, 3 v.

[52] Fuer. Un. 1592.

[53] Jordán de Asso y del Río, Manuel y Rodríguez, *op. cit.*, p. 170, comenta la postura, que no comparte, de Sessé y de Lisa, que "...pretenden que en Aragon no se conozca esta segunda especie" [de hipoteca tácita].

[54] Obs. 15. Pign.

[55] Obs. 2 y Obs. 5.

[56] Obs. 56.

[57] Jordán de Asso y del Río, Manuel y Rodríguez, de, *op. cit.*, p. 198; Fuer .un. de 1678

hipoteca[58]. En caso de que el deudor, siendo requerido por el juez, no compareciera ante el mismo, los bienes hipotecados serán puestos en posesión del acreedor[59].

2.6. Evolución posterior en la Monarquía hispánica

A lo largo del siglo XVI se dictaron diversas pragmáticas para intentar remediar los problemas generados por la falta de un sistema claro y publicitado de las hipotecas. Así, en 1539 una Pragmática del rey Carlos I estableció la obligatoriedad de registrar "...los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades", a fin de evitar los pleitos generados por la ocultación que de ellos hacían los vendedores de dichos bienes[60]. Dicho registro, situado en cada "ciudad, villa o lugar donde hobiere cabeza de jurisdiccion", tomaría razón de todos los contratos de compra-venta de bienes gravados con censos o hipotecas. Si al cabo de seis días de formalizarse estos contratos no se habían registrado, las consecuencias eran inmediatas: "...no hagan fe, ni se juzguen conforme á ellos, ni sea obligado á cosa alguna tercero poseedor"[61], aunque se deduce que las inscripciones en dicho registro no tenían valor constitutivo.

En 1713, un Auto Acordado estableció un nuevo registro de todos los contratos de censos, compras y ventas. Ante el incumplimiento generalizado de las anteriores pragmáticas, se dispuso que "...para la mayor seguridad de los registros", éstos se instalaran en cada Ayuntamiento, donde los escribanos del mismo registrarían los instrumentos[62]. En 1768, una Pragmática creaba el Oficio de Hipotecas (después denominados Contadurías de Hipotecas), con la voluntad de acabar con los "pleytos y perjuicios á los compradores, é interesados en los bienes hipotecados, por la ocultacion y obscuridad de sus cargas"[63].

La finalidad del Oficio de Hipotecas será la de tomar razón

> "...de todos los instrumentos de imposiciones, ventas, y redenciones de censos ó tributos, ventas de bienes raíces, ó considerados como tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos ú obra pia, y generalmente todos los que tengan especial y expresamente hipoteca ó gravamen, con expresion de ellos, ó su liberacion y redencion"[64].

La Pragmática de 1768 creó un Registro de Hipotecas, que en la práctica era un registro de gravámenes sobre la propiedad, con un concepto limitado de la publicidad inmobiliaria registral: no se trata de un registro de títulos de propiedad, sino de las obligaciones que gravan los inmuebles. Dicha Pragmática fue reformada en cuanto a su aplicación en Cataluña en 1774, al permitir que el registro no sólo incluyera las hipotecas especiales, sino también las generales y las tácitas[65].

---

[58] Fuer. 4; Obs. 12; los frutos percibidos deben computarse en el capital de la deuda a retornar (Fuer. 9).

[59] Obs. 9.

[60] *Novísima Recopilación de las leyes de España* (Madrid 1805; reed. anast. Madrid 1976, 6 vols.). (=NR), 10, 16, 1. Fue modificada posteriormente en 1589. Comentarios en Serna Vallejo, *op. cit.*, pp. 122-123 y 138-155.

[61] NR, 10, 16, 1.

[62] NR, 10, 16, 2. Comentarios en Serna Vallejo, *op. cit.*, p. 192 y ss.

[63] NR, 10, 16, 3. Comentarios en Roca Sastre; Roca-Sastre Moncunill, *op. cit.*, I, 151-152; Chico y Ortiz, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario* Madrid: 2000, 4ª ed., I, pp. 44-45.

[64] NR, 10. 16, 3, art. 1.

[65] López, Marina, "Una nueva fuente para la historia de Barcelona: El Registro de Hipotecas", en *Estudios Históricos y Documentos de los Archivos de Protocolos* IV (1974), pp. 345-363, p. 346; Roca Sastre; Roca-Sastre Moncunill, *op. cit.*, I, p. 156.

Durante el siglo XIX se adoptaron diversas disposiciones relativas a los Oficios de Hipotecas. Las más destacadas (anteriormente a la Ley Hipotecaria de 1861), fueron los decretos de 1829 y 1830[66], que creaban el impuesto de hipotecas, reforzándose la obligatoriedad del Registro introduciendo la inscripción constitutiva, requisito para dar validez al acto de transmisión. En 1845, las Contadurías se reorganizaron como un registro de cargas y gravámenes, excluyendo sin embargo la hipoteca general[67]. La publicidad del Registro no se establecería hasta la Ley Hipotecaria de 1861[68].

3. UNA VISIÓN EUROPEA HASTA LA CODIFICACIÓN FRANCESA

3.1. Italia

Ya en la Edad Media existía un procedimiento similar al de la *purge* francesa en Milán, Bérgamo, Cremona y Pavía[69], y también en el Piamonte[70]; el comprador de un inmueble exigía al vendedor una fianza para responder en caso de no estar libre de cargas. El vendedor debía poner en conocimiento público, mediante anuncios o proclamas, su voluntad de enajenar el inmueble. Caso de no presentarse acreedores hipotecarios, se realizaba la venta y se extinguían, en su caso, las hipotecas que existieran gravando el inmueble. En Nápoles se introdujo el registro hipotecario en 1786, aunque la monarquía hispánica había realizado intentos anteriores, sin éxito, en 1536, 1588 y 1604.

3.2. Europa central

En la monarquía de los Habsburgo, cada reino contaba con una regulación diferenciada según los territorios o espacios.

En las ciudades, Coing indica que se mantuvo el sistema tradicional vigente. Así, las hipotecas se constituían ante el consejo municipal y se inscribían en unos libros de registro o libros reglamentarios (*Stadtbücher*). En el mundo rural, los bienes de los campesinos podían hipotecarse siempre que los señores mostraran los libros que daban cuenta de su composición y cargas[71]. En ambos casos, la inscripción era constitutiva[72]. Este procedimiento adquirió una amplia difusión, extendiéndose la idea de que el derecho sobre los inmuebles se adquiría con el registro sucesivo de los mismos por parte del adquirente[73]. Ya en el siglo XV el sistema estaba configurado plenamente, como lo muestra el Estatuto de la ciudad de Bremen (1433) y el de Hamburgo (1497)[74].

---

[66] Decreto de 31 de diciembre de 1829; Instrucción de 29 de julio de 1830.

[67] Decreto de 23 de mayo de 1845. Sobre estas disposiciones, vid. Heras, Facundo, "Una apreciación injusta en la historia de nuestro sistema inmobiliario", en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 199 (1944), p. 811 y ss.

[68] Roca Sastre; Roca-Sastre Moncunill, *op. cit.*, I, pp. 161-183; Chico y Ortiz, *op. cit.*, I, pp. 73-88; Serna Vallejo, Margarita op. cit., pp. 192-297.

[69] Coing, *op. cit.*, I, 425.

[70] Genta, Enrico, *Ricerche sulla storia dell'ipoteca in Piemonte*, (Milano: Giuffrè, 1978), Università di Torino. Memorie dell'Istituto Giuridico. Serie III. Memoria; 2.

[71] Coing, *op. cit.*, I, 428.

[72] Wesener, Gunter, „Zur Entwicklung des Pfandrechts in den altösrreichischen Läundern", en *Festschrift für Heinrich Demelius* Wien: 1973, p. 263 y ss.

[73] Roca Sastre; Roca-Sastre Moncunill op. cit. I, p. 7.

[74] *Ibid.* p. 141.

Este tipo de inscripciones locales o territoriales fue unificado por la Patente de la anotación preventiva de 1765. Además, la legislación del siglo XVIII se centró en la introducción generalizada de las llamadas tablas territoriales (*Landtafelsystem*), que existía con anterioridad en Bohemia y Moravia. Dicho sistema partía de la premisa de que no tenía relevancia jurídica un acto jurídico realizado al margen de dicho registro o tablas[75], y se concretaría en el código civil de Austria (1811), el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), en el que el Registro de la propiedad no contaba con la fuerza protectora del Registro Alemán[76].

3.3. Prusia

La legislación hipotecaria del siglo XVIII se inició con una reglamentación de las hipotecas y concursos de 1722. Dicha reglamentación se basaba en un sistema de inscripción en libros organizados uniformemente de acuerdo con el principio de folios reales (para cada finca). La inscripción se realizaba en libros registro ante los tribunales, y de dicha inscripción dependía la prelación de las hipotecas públicas. Sin embargo, la inscripción no era todavía un requisito constitutivo[77].

A finales del siglo XVIII se dictará una regulación hipotecaria más completa (1783), tratando con detalle la relación entre los libros de hipotecas y el Catastro. Hay que destacar especialmente que en el ALR (*Allgemeines Landrecht fur die Preussischen Staaten*) de 1794 se mantenía el libro de hipotecas conforme al principio de folios reales, y la inscripción de la hipoteca es un requisito material para su validez[78]. No todo el mundo podía inscribir hipotecas: sólo podía constituirlas quien estuviera inscrito como propietario. Por ello, el juez, antes de proceder a la inscripción debe examinar si se dan los requisitos materiales.

Paralelamente a este proceso, se impulsaron las cajas rurales o *Landschaften* (Silesia, 1770). Se trataba de corporaciones de propietarios rurales que como tal corporación garantizaba que uno de sus miembros podía vender una determinada propiedad, después de haber examinado los créditos hipotecarios (en forma de cédulas hipotecarias) existentes.

A lo largo del siglo XIX, el derecho alemán fue preparando una compleja y profunda transformación de su derecho hipotecario, que acabaría configurándose en el BGB. Pero previamente a esta concreción legislativa se produjo un intenso debate doctrinal[79].

Por un lado, la concepción de la hipoteca como una obligación real, basándose en el derecho hipotecario de Mecklenburg. Según esta perspectiva doctrinal, existe una obligación real (o deuda real, también denominada deuda territorial), en referencia a una suma de dinero. El deudor es propietario de un inmueble retenido judicialmente por el acreedor, y responde ante dicho acreedor hipotecario por la suma adeudada, pero solamente con el inmueble retenido[80]. Según Coing, esta será la base que Gierke utilizó para elaborar la doctrina de la deuda real con responsabilidad limitada[81].

---

[75] Coing, *op. cit.* I, p. 429.

[76] Roca Sastre; Roca-Sastre Moncunill *op. cit.* I, p. 8.

[77] Weyermann Moritz, Rudolf, *Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preusen mit besonderer aif die Theorie der Bodenwerschuldung* (Karlsruhe 1910), pp. 13-16. Textos de Federico II de 1783 en Saint-Joseph, A. de, *Concordances entre les lois hypothécaires étrangeres et françaises. Ouvrage contenant les textes et resumés des lois hypothécaires des états suivants...* (Paris 1847), pp. 187-205.

[78] ALR, Título I, 20, § 411.

[79] Coing, *op. cit.*, II, pp. 521-524.

[80] Citado por Coing, *op. cit.*, II, p. 522: Meibom, Viktor von, *Das mecklemburgische Hypothekenrecht* (Leipzig 1871).

[81] Gierke, Otto von, *Deutsches Privatrecht*, I-III (Leipzig-München 1895-1917), II, p. 853 y ss.

Por otro lado, nos encontramos con la doctrina de Bremer sobre el derecho hipotecario general como un derecho de valoración o un valor[82]. Bremer considera que el propietario puede gozar o disponer de un inmueble, y puede además transmitir a otras personas el derecho de valoración sobre el mismo mediante la constitución de una hipoteca. La hipoteca se convierte así en un derecho de valoración de una cosa: el propietario puede disponer de todo el valor de la cosa, pero también puede hacerlo solamente de una parte o cuota de ese valor. De esta manera, la hipoteca puede constituirse tanto a favor de un determinado crédito, como sin vinculación al mismo[83].

4. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO HIPOTECARIO EN FRANCIA HASTA LA CODIFICACIÓN

4.1. La hipoteca con anterioridad a la Revolución francesa

La hipoteca basada en el derecho romano desapareció con las invasiones de los pueblos germánicos. Hasta su reaparición en la baja edad media, gracias al *ius commune*, el proceso seguido puede clasificarse en tres grandes períodos[84].

En primer lugar, se observa una tendencia a crear prendas sin desposesión inmediata del deudor. Una segunda etapa, alrededor del siglo xiii, caracterizada por la aparición de una *obligatio bonorum*. Dicha *obligatio* podía ser general, sobre todos los bienes presentes y futuros, muebles e inmuebles, del deudor; pero no se trataba de una hipoteca, ya que sus efectos eran limitados en la práctica pues los bienes estaban obligados no solamente a la familia del individuo, sino también a las cargas señoriales a las que podía estar sujetos. También existía una *obligatio* de carácter especial: se trataba de una garantía parecida a la hipoteca. Se aplicaba sobre un único bien, generalmente inmueble, afecto (*assigné*) al pago de una deuda.

Con la difusión del *ius commune*, el término "hipoteca" será utilizado para designar diversas situaciones en las que el acreedor contaba con un derecho personal garantizado por un derecho real inmobiliario. El *Ius commune* transformó el concepto de derecho de prenda de forma substancial, en especial en lo que se refiere a la publicidad.

Se partía de la inexistencia de disposiciones sobre la publicidad, lo que originaba inseguridad jurídica a los acreedores. En primer lugar, se exigió una formalidad para la prenda de inmuebles: constitución ante tribunal y su registro en libros públicos. En segundo lugar, señala Coing que la práctica notarial, especialmente en Francia, derivó a exigir que en todo título notarial de deuda, la constitución de una hipoteca general estuviera subordinada al patrimonio del deudor[85]. En tercer lugar, otro aspecto a considerar es que los monarcas intervendrán dictando normas legislativas al respecto.

Todas estas circunstancias impulsarán la necesidad de una diferenciación cada vez más clara entre la prenda mobiliaria y la inmobiliaria. Para ello, la doctrina centró su atención en perfilar cada vez más la diferencia entre la prenda y la hipoteca.

Así, mientras Berckium todavía establecía que

---

[82] Bremer, Franz Peter, *Hypothek und Grundschuld* (Göttingen 1869), pp. 32-53.

[83] Coing, *op. cit.*, ii, p. 523.

[84] Lévy, Jean-Philippe; Castaldo, André, *Histoire du droit civil* (Paris 2002), pp. 1067-1069.

[85] Coing, *op. cit.*, i, 407, n. 4, citando a Basnage, Henri, *Traité des hypothèques*, en *Oeuvres du maitre..., ecuyer, seigneur du franquesnei, avocat au Parlement, contenant ses commentaries sur la coutume de Normandie et son Traité des hypothèques* Paris: 1778, ii.

> *"Pignus sive hypotheca est contractus nominatus consensu initus quo res à debitore, creditori obligatur in ipsius rei gestae praestandae fidem et securitatem"*[86],

Wolde partiendo de dicha premisa: *"Pignus et hypothecam... ita definiri posse... quod sit ius in rebus pro securitate debiti creditori constitutum"*, afirmaba a continuación que:

> *"Differunt itaque pignus et hypotheca ab aliis obligationibus, eo quod praeter personas, etiam res, in quibus plus alias cautionis... Quamquam enim olim hoc interesset, quod pignora in rebus mobilibus, hypotheca vero in immobilibus constitueruntur"*[87].

En una tercera etapa, a partir de los siglos XIV y XV, la *obligatio* general y especial irán conformando una única figura jurídica, amparada por las reglas del derecho romano, en la que el acreedor contará con un derecho preferente para cobrar su deuda.

Uno de los problemas más complejos será el de la publicidad de la hipoteca: desconocido el procedimiento publicitador en el derecho romano, el derecho antiguo francés tampoco contaba con instrumentos adecuados para dar publicidad a las hipotecas, a pesar de los intentos de la Corona[88].

En el siglo XVI, tanto en Francia como en Holanda, se aplicaba en la práctica un procedimiento para asegurar al comprador de un inmueble frente a la posible existencia de hipotecas desconocidas por él. Es el sistema de la llamada *purge*: forzando un procedimiento de apremio sobre una hipoteca ficticia, se obligaba a todos los acreedores hipotecarios a manifestarse o darse a conocer. Caso de no hacerlo, perdían sus derechos, y se producía esa "purga". Colbert, en 1673, impulsó un edicto real por el que las rentas reales se consideraban bienes inmuebles, y por ello susceptibles de ser gravadas con hipotecas[89].Además, este edicto instituía el *Conservateur d'Hypothèques*, ante el que los acreedores hipotecarios podían inscribir sus derechos (*former opposition*).

En el mismo año, otro edicto trató específicamente de la hipoteca de inmuebles[90], mediante un sistema más perfeccionado de registro de la hipoteca que otorgaba mayor eficacia a la inscripción: la persona que promoviera una subasta de un inmueble gravado debería informar previamente a los acreedores que estuvieran registrados. Asimismo, las hipotecas registradas tenían preferencia sobre las no registradas, y toda transmisión de hipotecas debía ser anotada en el registro. Este edicto fue revocado en 1674[91].

Finalmente, en 1771 se aprobó un nuevo edicto, que retomaba el planteamiento inicial de Colbert[92], mejorándolo: la *purge* estaba conectada con las *lettres de ratification* para el

---

[86] BERCEIUS (BERCKIUM), GUILIELMUS Berceius (Berckium), Guilielmus Berceius (Berckium) "De Pignoratione et hypothecis cuius tutelam suscipiet", (Lugduni Batavorum 1599), 5 fols.; consulto un ejemplar que está encuadernado formando parte de una obra titulada *Disputationes selectarum materiarum secundum ordinem Pandectarum...* (Lugduni Batavorum 1599).

[87] WOLDE, Jacob Henning von "De Iure hypothecae conventionalis et clanculariae Sedinensium inscriptionis, vulgo "der heimlichen Klage". A diem XIX julii A. MDCLXXIII", en RHETII, Johannis Friederici, *Dissertationum iuridicarum Francofurtensium volumen V* (Francofurti 1746), 95-109 , Cap. 1, ap. 1-2, p. 96.

[88] LÉVY, Jean-Philippe; CASTALDO, André, *op. cit.*, p. 1074, comentan las Ordenanzas reales de 1553 y 1581.

[89] "Edit portant réglement pour la conservation de l'hypothèque des rentes constituées sur les domaines du roi", en: ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* (Paris 1822-1833,) 29 vols., vol. 19, p. 83 y ss.

[90] "Edit portant établissement de greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothècaires", en: ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSY, *op. cit.*, vol. 19, p. 73 y ss.

[91] BLUM, Edgar, *Les essais de Réforme Hypothècaire sous l'ancien régime* Paris: 1913, pp. 60-63.

[92] BLUM, *op. cit.*, pp. 78-118; texto en: ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSY, *op. cit.*, vol. 22, pp. 534-541.

traspaso de la propiedad, por lo que el apremio fictio que existía anteriormente fue ya superfluo. Además, los acreedores hipotecarios podían continuar notificando su hipoteca ante el *Conservateur d'Hypothèques*; renovándose dicha notificación cada tres años, se aseguraban que ni la *purge* pudiera afectarles.

Pese a ello, durante los siglos XVII y XVIII el tema hipotecario fue objeto de discusión por la doctrina[93], entre los que destacan diversos autores.

Jean Domat mantenía la distinción clásica entre prenda e hipoteca:

> *"Le mot d'hypotheque signifie d'ordinaire la même chose que le mot de gage, c'est-à-dire, l'affectation de la chose donnée pour sureté de son engagement..."*,

aunque precisaba la afectación de bienes inmuebles de la hipoteca:

> *"...mais le mot gage se dit plus proprement des choses mobiliaires, ...et le mot d'hypotheque signifie proprement le droit acquis du créancier sur les immeubles que lui sont affectez par son debiteur, encore qu'il n'en soit pas mis en possession"*[94].

En cuanto al orden de prelación, consideraba que las hipotecas debían seguir el orden cronológico, excepto en el caso de los acreedores hipotecarios sobre inmuebles adquiridos con posterioridad al *engagement* del bien por parte de la Corona:

> *"Les créanciers qui ont une hypotheque anterieure à celles du Roy, conservent leur droit sur les biens immeubles du leurs débiteurs. Et l'hypotheque du Roy ne va que son ordre. La regle précedente ne s'entend que des immeubles qui étoient acquis avant l'engagement envers le Roy. Mais sur ceux qui ne sont acquis qu'après cet engagement, le Roy est préferé aux créanciers anterieurs à son hypotheque, quoique tous les biens à venir leur fussent obligez. Et dans ce concours d'hypotheques qui commencent d'avoir leur effet au moment de la nouvelle acquisition, celle du Roy prévient"*[95].

Henry Basnage apenas diferenciaba entre prenda e hipoteca:

> *"...la diférence du mot gage et d'hipotéque , soit plus dans le nom que dans l'éfet, et qu'il signifie la même chose, c'est a dire, l'afectation de la chose donnée pour sureté d'un engagement"*,

aunque *gage* se refería más a bienes muebles, y en cambio *hipotéque* "...signifie proprement le droit aquis au créancier sur les immeubles qui lui sont afectez par son debiteur"[96]. En cuanto al orden de prelación de las hipotecas, partía de la premisa *qui prior est tempore, potior est iure*, aunque reconocía que "cepdendant la prérogative du tems ne sufit pas toujours por obtenir la préference", pues deben tenerse en cuenta aspectos como la naturaleza de los bienes hipotecados, el cumplimiento de los aspectos formales, etc[97].

La Maistre centró su atención en diferentes aspectos. En primer lugar, sobre los aspectos formales de la hipoteca: es una "cédule privée" formalizada en una escritura privada ante testigos[98].

---

[93] BLUM, *op. cit.*, pp. 64-77.

[94] DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus* (Paris 1689-1694, 3 vols.; utilizo la reed. Paris, 1745, 2 vols.), I, p. 196.

[95] DOMAT, *op. cit.*, I, p. 210.

[96] BASNAGE, *op. cit.*, p. 16.

[97] *Ibid.* p. 82.

[98] LE MAISTRE, Pierre, *Coutume de Paris, rédigée dans l'ordre naturel de la disposition de ses articles. Nouvelle édition, revuë et augmentée de plusieurs notes par* [Germain-Antoine Guyot] (Paris

También se interesó por el orden de prelación de las hipotecas, ya sea en cuanto a la fecha de su creación[99], con especial atención a los acreedores de los menores o de la mujer casada[100]; ya sea por la existencia de hipotecas privilegiadas:

> *"L'hypotheque donne droit de suite au créancier sur l'immeuble du débiteur, c'est son premier effet; elle donne aussi la priorité sur d'autres créanciers, c'est son second effet; la datte régle cette priorité. Il y a des hypotheques privilegiées, celles-là ne suivent pas la datte du contrat, elles suivent la nature du privilege, elles passent avant toutes les hypotheques simples"*[101].

Entre otras, se interesó por la del propietario de un inmueble sobre el resto de acreedores que tuviera el inquilino[102]; del señor que reivindica sus derechos señoriales[103]; o del Rey, bajo ciertas circunstancias[104].

Ferriere observaba que la hipoteca era *"...l'obligation par laquelle les immeubles du débiteur sont affectés et hypothéqués au créancier pour sûreté de sa dette"*; al fin y al cabo, la hipoteca era un derecho real *"...lequel est inhérent à la chose, et qui la suit en quelques mains qu'elle passe"*[105].

1741), p. 147, cap. III, art. 107: "Cédule privée qui porte promesse de payer, emporte hypotheca du jour de sa confession, ou reconnoissance en jugement, ou davant Notaire; ou qu'elle est tenue pour confessée par jugement; ou de jour de la dénegation, en cas qu'elle soit verifiée dans la suite [Ordonnance de 1539, arts. 92 -93].; "En Droit, l'hypotheque se contractoit par une simple écriture privée; mais avec cette difference entre l'ancien et le nouveau Droit, que par l'ancien, il n'étoit besoin que du simple écrit du débiteur sans otre formalité.; et par de nouveau il falloit que la promese fût signée de trois témoins".

[99] LE MAISTRE, *op. cit., ibid.*: "Lorsque deux promesses on été reconnues à même jour, et même heure par un même Notaire, celle dont la reconaissance se trouve a la premiere dans le registre du Notaire, est anterieure en hypotheque" en Arret. 29-11-1599, art. 107); "Guerin est d'avis contraire, et tient que les deux creanciers doivent venir en ordre concurrentment, parce que l'hypotheque ne doit pas dépendre de la volonté du Notaire, qui peut changer l'ordre des actes de reconaissance ou par interêt, ou par faveur : néamoins, comme on ne doit pas préssumer de crime dans le Notaire sans preuve, on doit croire qu'il a suivi l'ordre des tenus dans son registre". "Lorsqu'une promesse n'est reconue qu'après la mort du débiteur, ses heritiers n'en sont tenus que personellement pour leur part et portion" (arrêt de 1589 y de l0 junio l600); p. 565: "Les créancers privilegiés, et dont le privilege est légal, viennent ensemble à contribution, sans considerer l'ordre des hypotheques" (Arret 10-4-1677).

[100] LE MAISTRE, *op. cit.*, p. 566: "Les créancers des mineurs pour obligations passés en minorité, et ratifiées en majorité, ont hypotheque du jour de la passassion (arret 21-7-1667)"; "La femme a hypotheque sur les biens de son mari du jour de son contrat de mariage, pour les dettes qu'elle contracte avec lui".

[101] LE MAISTRE, *op. cit.*, p. 567.

[102] LE MAISTRE, *op. cit.*, p. 211, Título VIII, cap. XIII, art. 161: "Lorsqu'un proprietaire n'est point payé des ses loyers, il lui est permis de faire proceder par voye de gagerie sur les meubles qu'il trouve dans sa maison pour les termes à lui dûs"; "...j'estime que le proprietaire doit être preferé pour tous ses loyers sans exception puisque la Coutume lui donne droit de gagerie sur les meubles qu'il trouve dans sa maison pour ses loyers indéfiniment"; "Le proprietaire de la maison est préferé aux simples créanciers, quoique leur saisie soit anterieur".

[103] LE MAISTRE, *op. cit.*, p. 563, Título XVI, cap. VI, art. 358: "Les seigneurs que se sont opposés pour leurs droits seigneuriaux, sont préferées à tous autres créanciers".

[104] LE MAISTRE, *op. cit.*, pp. 563-564: "Le Roy est préferé aux créanciers des Officiers comptables, Fermiers generaux et particuliers, et autres que ont le maniement des deniers Royaux... à l'excepcion néamoins des frais funeraires, de Justice et autres privileges; des droits du Marchand que reclame sa marchandise, dans le délai de la Coutume ; et du propriétaire des maisons des villes pour six moins de loyer sur les meubles qui s'y truveront" (Edit 13-8-1669, art. 1).

[105] Ferriere, Claude-Joseph de, Dictionnaire de droit et de practique... (Paris 1771), 2 vols. I, p. 749.

Por su parte, Guyot afirmaba que la hipoteca se diferenciaba claramente de la prenda no solamente porque afectaba, *ordinairement*, a bienes inmuebles, sino porque además, la hipoteca permitía al acreedor "le droit de suivre la chose hypothéquée en quelques mains qu'elle passe". En cuanto a la prelación, Guyot consideraba que en la hipoteca simple regía el principio clásico "le premier en date est payé le premier"; en la hipoteca privilegiada, en cambio, lo que imperaba no era la fecha de constitución, sino el privilegio que la amparaba, que tenia "son fondament dans le cause de l'obligation"[106].

4.2. La hipoteca ante la Revolución francesa

Durante la Convención se aprobó de forma definitiva la publicidad de las hipotecas. Recuperando lo dispuesto en el edicto de 1771, se aprobó mediante dos decretos parlamentarios (leyes de 9 mesidor del año III= 27 junio 1795) que las hipotecas deberían inscribirse en la *Conservation des hypothèques*, aunque el procedimiento registral adoptado fue ciertamente farragoso: existiría un registro en cada distrito, sistema poco práctico y diligente para proceder a una verdadera publicidad del sistema[107]. Dicha ley estableció también la creación de la *cédule hypothécaire*: cualquier propietario, antes incluso de que contara con un acreedor y una deuda, podía constituir una hipoteca sobre un bien suyo por un importe y vencimiento que él mismo fijaba. A partir de ahí, la *Conservation des hypothèques* le entregaba una *cédule* o documento escrito, que podía transmitir por endoso: únicamente debía incorporar a la cédula el nombre de un acreedor, que a su vez podría transmitirla a otras personas[108]. Posteriormente, una ley de 11 de brumario del año VII creó el sistema hipotecario moderno: manteniendo el principio de publicidad general, incorporó la publicidad de los cambios de propiedad *inter vivos*. Además, para proteger la seguridad de lo acreedores hipotecarios, se presume que el propietario conserva la propiedad hasta la inscripción del acto de adquisición.

La ley 11 brumario del año VII intenta restablecer el crédito hipotecario. Los antecedentes son los siguientes[109].

En 1791, los comités constitucional y de contribuciones de la Asamblea Constituyente elaboraron un proyecto de decreto sobre las hipotecas; dicho proyecto incluía el principio de la publicidad de la hipoteca mediante la inscripción de los títulos de crédito o de los acreedores. Además, se preveía adquirir hipotecas sobre bienes muebles y efectos mobiliarios. Como ya hemos visto, la Convención aprobó el 9 de mesidor del año III un decreto de movilización de la propiedad inmobiliaria, y dejó olvidado el proyecto de decreto antes citado[110].

La Ley 11 de brumario del año VII distinguía entre las hipotecas convencionales, judiciales y legales. Establecía que las hipotecas se basan en la publicidad y la especialidad sobre los

---

[106] Guyot, Joseph, *Repertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale...* Paris: 1784-1785, 17 vols., VIII, pp. 616-617.

[107] Roca Sastre; Roca-Sastre Moncunill, *op. cit.*, I., p. 30. Dicho decreto no tuvo plena aplicación, seguramente por las complicaciones que implicaba el sistema en su vertiente práctica. Texto en Duvergier de Hauranne, J.B., *Collection compléte des lois, décrets, ordonnances, réglements et avis du Conseil d'Etat...* Paris: 1824-1838, 38 vols., vol. 8, pp. 189-214.

[108] Lévy, Jean-Philippe; Castaldo, André, *op. cit.*, p. 1075, creen que este sistema fracasó por su semejanza con el *assignat*: la cédula hipotecaria se creó en el momento en que los asignados llegaron a su máxima depreciación.

[109] Laferriere, Firmin, *Essai sur l'histoire de Droit français depuis de temps anciens jusqu'a nous jours* (Paris 1859, 2ª ed.), 2 vols., II, PP. 308 y ss.

[110] Vid. Laferriere, Firmin "Essai sur le Réforme hyupotyhécaire et le credit foncier", en *Revue de Droit français et étranger*, V (1848).

bienes actuales del deudor; defendía la inexistencia de hipoteca sobre los bienes futuros. Por último, señalaba que la publicidad conlleva la inscripción, con ciertas formalidades que tienen por objeto dar a conocer el nombre y domicilio del deudor y del acreedor; la fecha del título o de la hipoteca; la cantidad debida o el derecho a conservar; la especie y la situación de los bienes, excepto en el caso de las hipotecas legales de la mujer, los menores y la del Tesoro público. Este sistema de publicidad es riguroso y exigente en favor de terceros, pues impone la inscripción de los actos traslativos de propiedad como condición de la transmisión de los derechos del vendedor al comprador (ley [11 brumario] año VII, arts. 22, 26 y 28).

La ley subordina el privilegio del vendedor a la publicidad de la venta. Al decir de Laferrière, dicha ley de 11 de brumario del año VII fue *"destructive des systèmes romain et coutumier sur les hypothèques"*; en su art. 56 se estableció que

> *"les lois, les coutumes et usages sur les constitutions d'hypothèques et sur les moyens de consommer et de consolider les aliénations d'immeubles et d'en purger les hypothèques, demeurent abrogés".*

A partir de ahora, las hipotecas debían inscribirse en el plazo de tres meses; en caso contrario, quedaban abolidas de pleno derecho.

Como lagunas de la ley pueden citarse que no prevé la inscripción de todas las cargas que pesaban sobre el inmueble, que podían aparecer en el acto de venta. Tampoco tenía previsto un sistema de garantías en favor de los incapaces (menores, etc.) frente a las hipotecas legales.

Según Laferrière, esta ley no tuvo en cuenta el modelo de crédito hipotecario de Prusia, Baviera o Polonia, que se basaba en conectar o relacionar al capitalista y al propietario, uniendo sus respectivos intereses: los prestamistas/capitalistas y los propietarios de tierras salen beneficiados mutuamente:

> *"Des préteurs, en assurant le service régulier des intérêts, et de remboursement du capital à l'échéance; des emprunteurs, en maintenant l'intérêt à un taux modéré, qui se rapproche de la valeur des revenus de la terre, en divisant par annuités le remboursement du capital, en creant, même, au besoin, un fonds d'amortissement"*[111].

De hecho, las últimas palabras valorativas de Leferrière nos indican las tareas pendientes, que el *Code* civil debería acometer:

> *"Les institutions de crédit territorial se lient naturellement à un régime hypothécaire fondé sur la garantie d'une publicité complète; c'est le moyen de mettre en action une bonne loi d'hypothèques... Le principe générateur du crédit foncier, c'est que la terre doit représenter l'argent prêté et les droits garantis, et que la représentation doit être vraie; c'est que le créancer doit pouvoir facilement réaliser son capital ou céder son titre pour ressaisir une somme legale. Il faut doncs que toutes les combinasions légales tendents à réaliser la vérité de cette représentation et cette facilité de circulation ; là est l'unité: il faut que les créanciers capitalistes ou les incapables, créanciers éventuels, puissent avoir la certitude morale que l'immeuble qui paraît un gage est leurs gage réel, et que l'argent ou le valeur garantie par l'immeuble peut il retrouver disponible selon leurs besoins"*[112].

[111] LAFERRIERE, Firmin *Essai sur l'histoire de Droit français...*, II, p. 315.

[112] *Ibid.*, II, pp. 316-317.

4.3. La hipoteca en el Code civil

El *Code civil* (art. 2127) establece la exigencia de un acto formal (notarial) para la constitución de la hipoteca, aunque la aceptación formal del acreedor no tiene por qué adoptar esta forma. La *inscription* de la hipoteca se realiza en un *registre de la conservation*, pero no es un elemento constitutivo: solamente otorga publicidad a la hipoteca ya constituida, y por tanto eficacia frente a terceros. Además, el *Code* fijó el rango de la hipoteca (arts. 2106, 2134, 2154, 2166), y le garantizaba un plazo de diez años frente a un posible procedimiento de anulación o *purge* (art. 2154).

Por todo ello, la inscripción es muy importante. La hipoteca no nace con la inscripción, pero de su realización derivan diversos efectos que en el *Ius commune* se le atribuían desde su constitución.

La regulación de la hipoteca en al *Code* es distinta de la del *Ius commune*. Según el *Code*, el patrimonio del deudor es *gage commun* del acreedor (art. 2093). Los acreedores son todos iguales frente al deudor, en proporción a su contribución, a menos que entre los acreedores existan causas legítimas de *préférence* (art. 2093). Esta preferencia se basa en dos instituciones: el *privilège* (art. 2094), constituido mediante disposición legal, y la hipoteca.

Los créditos privilegiados tienen un rango preferente a las hipotecas[113], y pueden serlo sobre bienes muebles o inmuebles (art. 2099). Dejando ahora a un lado los bienes muebles, son acreedores privilegiados sobre bienes inmuebles (art. 2103): el vendedor, sobre el inmueble vendido; el que ha facilitado al deudor el dinero para la adquisición el inmueble; los coherederos, sobre el inmueble objeto de sucesión; determinados oficios (arquitectos, empresarios, albañiles), por su salarios devengados en la construcción o reparación de *bâtiments*, canales, etc.; finalmente, aquellos que hubieran prestado al deudor el dinero para satisfacer los salarios de los anteriormente citados.

Estos créditos privilegiados producen efecto una vez realizada su inscripción en los registros del *conservateur des hypothèques* (art. 2106).

La hipoteca queda configurada en el *Code* como un derecho real sobre los inmuebles afectados por el cumplimiento de una obligación (art. 2114); sólo pueden ser objeto de hipoteca los bienes inmuebles y el usufructo de los mismos (art. 2118).

Existen tres tipos de hipoteca: legal, judicial o convencional. La hipoteca legal puede ser de tres clases (art. 2121): la que tienen las mujeres casadas sobre los bienes de su marido[114]; la de los menores o incapaces sobre los bienes del tutor; y la que tiene el Estado, los municipios y otros establecimientos públicos sobre los bienes de sus administradores. El acreedor que tenga una hipoteca legal podrá ejercer su derecho sobre todos los inmuebles del deudor, presentes y futuros (art. 2122).

La hipoteca judicial también afecta a los bienes inmuebles actuales o futuros del deudor; los laudos arbitrales, y las sentencias resultantes en procedimientos judiciales en otro país, sólo tendrán efectividad cuando los tribunales franceses declaren su ejecutoriedad (art.2123).

La hipoteca convencional exige unos requisitos previos: sólo pueden establecerla aquellos que tengan capacidad para alienar los bienes hipotecados (art. 2.124). Los bienes de los

[113] *Code civil*, art. 2095: "Le privilége est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préferé aux autres créanciers, même hypothécaires".

[114] El art. 2144 permitía que el marido, con el consentimiento de la esposa y habiendo dado cuenta ("après avoir pris l'avis...") a los cuatro familiares de ella más próximos, pueda solicitar que la hipoteca general sobre todos sus bienes inmuebles por razón de la dote pueda ser restringida a los inmuebles necesarios para mantener los derechos de la esposa. La decisión correspondía al juez, previa audiencia de la autoridad gubernativa.

menores, los incapacitados y los ausentes no pueden ser hipotecados, excepto en los casos establecidos legalmente (art. 2126). El acto formal de establecimiento de la hipoteca convencional se producirá ante notario (art. 2127). La hipoteca convencional sólo puede abarcar los bienes presentes del deudor que hayan sido expresamente incluidos en ella, nunca los futuros (art. 2129).

Las hipotecas, a su vez, tienen su rango de acuerdo con su fecha de inscripción en los registros del *conservateur* (art. 2134), con excepción de los casos siguientes (art. 2135): tendrá preferencia la hipoteca a favor de los menores e incapacitados, sobre los inmuebles que pertenezcan a su tutor, a causa de su gestión.

Igualmente, a favor de la mujer sobre los bienes de su marido, a causa de su dote o de capítulos matrimoniales[115].

En defecto del marido o del tutor, la inscripción de las hipotecas, la autoridad gubernativa podrá requerir al tribunal de justicia correspondiente al domicilio de aquéllos para que se proceda a dicha inscripción (art. 2138). Incluso podrán instarla los parientes (del marido, de la mujer, o del menor); y en su defecto, los amigos. Finalmente, se establecía que también la esposa y los menores podrían solicitar la inscripción de la hipoteca (art. 2139).

En cuanto a los efectos ante terceros de las hipotecas, el *Code* establecía que los acreedores seguían a la hipoteca inscrita sobre un inmueble manteniendo el orden de sus créditos (art. 2166). Sin embargo, el que hubiera adquirido un inmueble hipotecado, si no estaba obligado personalmente al pago de la deuda, podía proceder a la liquidación de la misma (art. 2172). Los privilegios e hipotecas se extinguen por varias causas (art. 2180): por la extinción de la obligación principal, por renuncia del acreedor a la hipoteca, por el cumplimiento de las formalidades prescritas para la purga de los bienes hipotecados adquiridos por terceros, y por prescripción.

En relación con la purga de los bienes hipotecados, el *Code* establecía una serie de formalidades y prevenciones (arts. 2181 y ss.). En primer lugar, se indicaba que el vendedor del bien hipotecado lo hacía trasladando al comprador del mismo los privilegios e hipotecas que ya tuviera a su cargo. El comprador, si quería purgar la hipoteca, debía proceder en el plazo máximo de treinta días a notificar y manifestar a los acreedores su disposición a pagar las deudas y cargas hipotecarias. El acreedor podía en el plazo de cuarenta días solicitar la subasta de los bienes hipotecados, con el compromiso de entregar el precio de la hipoteca con una rebaja del diez por ciento del importe estipulado en el contrato. De no realizarse esta subasta, el valor del inmueble quedaba fijado en el precio estipulado en el contrato o declarado por el nuevo propietario, y una vez satisfecho al acreedor, quedaba ya liberado de todo privilegio o hipoteca. (art. 2186).

El *Code* establecía un procedimiento especial para la purga de las hipotecas cuando no existía inscripción de los bienes de los maridos o de los tutores en razón de los bienes dotales o de la gestión de los bienes del tutelado. Los compradores de dichos inmuebles acudirán al juez para comunicar la compra realizada. Durante dos meses se expondrá en el juzgado dicha comunicación, y en dicho plazo los interesados podrán acudir al *conservateur* de hipotecas para inscribir el inmueble que ha sido objeto de venta; dichas inscripciones tendrán el mismo efecto que si se hubieran realizado el día del enlace matrimonial o el día que se hubiera iniciado la tutela (art. 2194); todo ello, sin perjuicio de las acciones que tuvieran lugar contra el

[115] El art. 2143 permitía que el tutor, con el conocimiento de la familia, pueda solicitar que la hipoteca general sobre todos sus bienes inmuebles por razón de la tutela pueda ser restringida a los inmuebles necesarios para mantener los derechos a favor del menor. La decisión correspondía al juez, previa audiencia de la autoridad gubernativa.

marido o el tutor por haber consentido hipotecas en provecho de terceros sin haber declarado que los inmuebles estaban ya sujetos a unas cargas hipotecarias en razón el matrimonio o de la tutela. Si en el espacio de dos meses antes mencionado no se hiciera la inscripción del inmueble vendido, éste pasará al comprador sin ninguna carga en razón de la dote o de la gestión del tutor (art. 2195).

En cuanto a la prescripción puede operar a favor del deudor, una vez transcurrido el tiempo establecido para la prescripción de las acciones que dan lugar a la creación de la hipoteca o del privilegio. También puede operar, en su caso, a favor del tercero poseedor de los bienes hipotecados, cuando haya transcurrido el tiempo necesario para la prescripción de la propiedad en su favor (art. 2180).

5. PALABRAS FINALES

Queda ya al margen de la pretensión de este estudio la evolución posterior del proceso codificador y su relación con la evolución de la configuración de la hipoteca. Aspectos como la publicidad, el registro, etc. fueron tomando cuerpo en los distintos países, con mayor o menor influencia mutua, y absorbiendo las líneas centrales de los modelos germánico y francés. Pero esa es ya otra cuestión[116].

[116] Cuestión que, desde un punto de vista histórico jurídico, puede profundizarse ampliamente en SERNA VALLEJO, Margarita, *op. cit.*, p. 531 y ss., y de la misma autora, "La formación histórica del régimen hipotecario francés o mixto", en: *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* (Madrid), 634 (1996), pp. 943-1022.