

La formación histórica del régimen hipotecario francés o mixto (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—H. ESTADO DE LA CUESTIÓN: 1. LA BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD DEL PERÍODO FRANCO Y DE LOS SIGLOS MEDIEVALES. 2. LOS INTENTOS DE REFORMA DEL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD EN EL ANTIGUO RÉGIMEN EN LA BIBLIOGRAFÍA. 3. LAS OBRAS Y LOS AUTORES SOBRE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA DEL PERÍODO INTERMEDIO (1789-1804). 4. TRABAJOS SOBRE EL TÍTULO XVIII DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y LA LEY DE TRANSCRIPCIÓN DE 1855.—III. EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA DURANTE EL PERIODO FRANCO Y EN LOS SIGLOS MEDIEVALES.—IV. LAS TÉCNICAS DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA DEL NORTE Y DEL ESTE DE FRANCIA: EL *NANTISSEMENT* Y LA *APPROPRIANCE PAR BANNIES*.—V. LOS MOVIMIENTOS DE REFORMA EN LOS SIGLOS XVI, XVII y XVIII: 1. LA PUBLICIDAD DE LAS TRANSMISIONES DE DOMINIO Y DE DERECHO DE HIPOTECA: LOS EDICTOS DE 1553 Y 1581. 2. EL RETROCESO DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA Y LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD HIPOTECARIA EN 1673. 3. LA EXTENSIÓN DEL REQUISITO DE LA INSINUACIÓN A TODAS LAS TRANSMISIONES DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. 4. Las «LETTRES DE RATIFICATION» PREVISTAS EN EL EDICTO DE 1771 COMO TÉCNICA DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA.—VI. EL SISTEMA HIPOTECARIO DEL PERÍODO INTERMEDIO (1789-1804): 1. LA SUPRESIÓN DEL «NANTISSEMENT» Y LA ADAPTACIÓN DEL EDICTO DE 1771 A LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 2. LA HOMOGENEIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA A TRAVÉS DE LA LEY 9 MESIDOR AÑO III Y LA LEY 11 BRUMARIO AÑO VII: A) *El caótico y contradictorio régimen de la Ley 9 Mesidor año III: su inaplicación.* B) *La Ley 11 Brumario año VII: la relevante importancia otorgada a la publicidad y ala especialidad inmobiliaria.*—VE. EL SISTEMA HIPOTECARIO MIXTO FRANCÉS ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO DE 1804 Y EN LA LEY DE TRANSCRIPCIÓN DE 1855: 1. EL CÓDIGO DE 1804: UN NUEVO RETROCESO EN EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA. 2. LA AMPLIACIÓN DE LA PUBLICIDAD A TODAS LAS TRANSMISIONES DE DOMINIO: LEY DE 25 DE MARZO DE 1855.

(*) La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la concesión de una beca del Programa Erasmus, circunstancia que me permitió realizar una estancia en París en el año 1994. En este tiempo estudié el régimen hipotecario francés a través de la consulta de los fondos depositados en los *Archives Nationales* y en la Biblioteca *Cujas*. Agradezco a los profesores JEAN PIERRE POLY y GUILLAUME MÉTAIRIE SU dedicación, ayuda y consejos, sin los cuales no hubiera sido posible la finalización de este artículo.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los siglos xviii y xix son múltiples las disposiciones inmobiliarias que se promulgan en toda Europa. Aquellos países que proceden a la elaboración de Códigos Civiles suelen incluir la materia hipotecaria en los mismos, mientras que otros, normalmente los que carecen aún de Códigos, elaboran leyes dedicadas especialmente a esta materia. Todas estas legislaciones se pueden agrupar en sistemas, es decir, en conjuntos normativos que responden a unos mismos principios y caracteres básicos en cuanto a la organización de los Registros y de la publicidad de las transmisiones de dominio y demás derechos reales sobre los inmuebles. La diferencia entre unos sistemas y otros se justifica por la desigual importancia otorgada a la publicidad de los actos que afectan a la propiedad inmueble.

En relación a estos diferentes modelos hipotecarios se observa un doble proceso en el siglo pasado. Por una parte, se aprecia el retroceso de la clandestinidad inmobiliaria, propia del Derecho romano, y por otra, una creciente expansión de la publicidad y de la especialidad inmobiliaria aunque con diferente intensidad, dependiendo de si la extensión de estos principios acontece a través del sistema germánico en sentido estricto, del modelo germánico incompleto o del régimen francés mixto. La razón de este doble fenómeno se encuentra en relación con la situación económica y social del momento. El auge de la publicidad y de la especialidad hay que conectarlo con las circunstancias económicas del momento. La nueva situación exige la publicidad y la especialidad de los actos jurídicos que afectan a los bienes inmuebles con el fin de fomentar el crédito territorial, ampliando los mercados de capitales y las fuentes de financiación a través de inversiones con garantías hipotecarias y del mercado inmobiliario, protegiendo los intereses de los adquirentes. Las clases burguesas, enriquecidas con el comercio y la industria, tienen la necesidad de colocar sus capitales a réditos provechosos a través de la seguridad que proporcionan las hipotecas especiales y públicas. Con el anterior sistema de clandestinidad se veían en peligro el crédito y la seguridad jurídica, dos de los valores que la nueva sociedad, dirigida hacia el liberalismo y el capitalismo, más aprecia. Pero ¿en qué momento se desencadena el cambio? El momento decisivo lo determina el proceso de liberación de la tierra que la deja libre de los anteriores vínculos que la sujetaban, aunque sus efectos no se aprecien hasta unos años más tarde. A partir de entonces la tierra puede y es conveniente que circule; además, constituye la mejor garantía para la obtención de préstamos.

Desde el siglo pasado los juristas europeos se interesan por organizar en sistemas las distintas legislaciones hipotecarias, siendo los dos modelos principales que se reconocen y en los que, como digo, se distribuyen los

diferentes textos normativos: el germánico o alemán y el mixto o francés. Además, algunos autores como PIERRE ODIER se refieren también a un régimen hipotecario romano basado en la clandestinidad (1), pero si se parte de considerar que hipotecario hace referencia al régimen, más o menos perfecto, de publicidad inmobiliaria, no podría hablarse de régimen hipotecario romano porque en el Derecho romano clásico y postclásico se desconoce por completo la idea de publicidad inmobiliaria de las transmisiones de dominio, con la excepción de las donaciones que se sujetan a la formalidad de la insinuación, de las hipotecas y de los demás derechos reales, como consecuencia de lo cual permanecen en la clandestinidad. ¿Cómo se entiende entonces que estos autores se refieran a un modelo hipotecario romano?

En el momento en que se inicia el movimiento de reforma de las distintas legislaciones hipotecarias en Europa, en amplias zonas los actos sobre la propiedad inmueble permanecen en la clandestinidad. Esto mueve a los autores a agrupar los ordenamientos jurídicos en los que no se prevé mecanismo alguno de publicidad inmobiliaria en una misma categoría, lo que les obliga a la búsqueda de un término para referirse a la misma. Dado que el estado de los inmuebles en el Derecho romano también había permanecido oculto (2) y que este ordenamiento había ejercido un influjo muy

(1) P. ODIER, *Des systèmes hypothécaires suivi du projet de loi sur les droits réels présenté au Conseil représentatif de Genève le 21 décembre 1827*, Ginebra-París, 1840, págs. 1-20.

(2) En relación a las transmisiones la única forma de publicidad que se constata en el Derecho romano es la que representa la *insinuatio* de las donaciones. No obstante, existen dudas en torno a la aplicación práctica de este requisito, porque distintos documentos, que contienen importantes datos sobre las donaciones, omiten cualquier referencia acerca de la insinuación. J. L. MURGA, «LOS negocios "pietatis causa" en las Constituciones imperiales postclásicas», *AHDE*, 37, 1967, págs. 245-338, por la cita, pág. 278.

Constantino sujeta las donaciones al requisito de la insinuación, consistente esta formalidad en la declaración solemne de donar hecha ante el funcionario competente, su documentación y su constancia en las correspondientes actas. Posteriormente deja de ser necesaria en determinados casos: se dispensan del requisito las donaciones de importe inferior a trescientos sueldos, cantidad que dos años más tarde, en el año 531, es ampliada a quinientos sueldos; por motivos de política criminal son eximidas de la *insinuatio* ciertas donaciones como las hechas por los *virii gloriossimi magistri militum* a sus soldados, y las destinadas a la reconstrucción de edificios ruinosos, y las hechas por el emperador o a los emperadores, y las donaciones destinadas a constituir dote; y por motivos religiosos deja de ser necesario este requisito, por ejemplo, en las liberalidades hechas en favor de establecimientos de beneficencia, en las donaciones hechas con un fin piadoso general... La cuestión que inmediatamente se plantea y para la que, sin embargo, no es posible proporcionar una respuesta firme es la naturaleza y la finalidad que se perseguía con la insinuación. ¿El fin último era establecer un medio de comprobación del ánimo de liberalidad, o desempeñaba la función de proteger a los terceros frente a un posible fraude derivado de las donaciones clandestinas, o se trataba únicamente de una prueba documental?

importante en estas partes de Europa que incluso motivó que desaparecieran sus originales mecanismos de publicidad, los juristas utilizan la expresión «sistema hipotecario romano» para referirse a estas legislaciones, como la existente entonces en la mayor parte de Francia, en las que no se preveían formas para dotar de publicidad los actos sobre los bienes inmuebles.

Dentro del modelo francés mixto se recogen todos los cuerpos normativos en los que, si bien se reconocen los ya señalados principios de publicidad y especialidad, no se adopta de manera absoluta el régimen hipotecario germánico y, además, hay ciertos derechos sobre la propiedad territorial que permanecen en la clandestinidad. El texto modelo de estas legislaciones, por ser precisamente el primer cuerpo jurídico donde quedan delimitados los caracteres de este régimen de publicidad inmobiliaria, es el Código Civil francés. En 1804 se establece que la mayor parte de las transmisiones de la propiedad inmueble, salvo las donaciones, sean ocultas porque no queda constancia de ellas en los Registros, la transcripción se exige tan sólo para las donaciones y hasta la Ley de 1855 no se extiende a los demás actos transmisivos de la propiedad. Y, por otra parte, hasta 1995 perduran en el ordenamiento francés hipotecas legales tácitas al margen de los libros registrales.

Por tanto, con la expresión «régimen hipotecario mixto francés» del mismo modo que sucede con aquellos textos redactados a semejanza de él, sólo me refiero a estas legislaciones durante el tiempo en el que en las mismas se establecen importantes excepciones a los principios de publicidad y especialidad. Pero ocurre que estos textos se reforman paulatinamente y llega un momento en que dejan de tener este carácter mixto. En el caso de Francia, como sistema hipotecario mixto en sentido estricto tan sólo debería ser considerado el contenido en el Código de 1804, pero no ya el régimen como queda tras el cambio de 1955, momento en que se amplían de manera considerable los casos sujetos a registro, de manera que no se reconocen ya excepciones a los mismos. En esta fecha se podría decir ya que el primitivo sistema hipotecario mixto francés ha evolucionado hasta

Por lo que respecta a las hipotecas, como consecuencia de la ausencia de los principios de especialidad y publicidad, son generales y ocultas. Los perjuicios derivados de la generalidad y del secreto de las hipotecas se agravan con la introducción de las hipotecas judiciales y de las legales. Además, el legislador romano reconoce una serie de derechos especialmente privilegiados y les confiere título de preferencia sobre todas las demás hipotecas. En las hipotecas privilegiadas se distinguen las generales de las especiales, según que tal carácter afecte a todos los bienes del deudor o tan sólo a algunos de ellos en particular.

Finalmente, tampoco para los derechos reales de goce se exige en el Derecho romano publicidad alguna. J. IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 10 edición, revisada, con la colaboración de J. IGLESIAS-REDONDO, Barcelona, 1990, págs. 316-339.

convertirse en una legislación más de las incorporadas al régimen germánico incompleto (3).

El modelo francés es el resultado de una larga evolución y en su proceso de elaboración concurren normas y principios jurídicos de muy distinta naturaleza: elementos del Derecho romano, del Derecho franco, del Derecho medieval francés y del ordenamiento del Antiguo Régimen. La comprensión de esta realidad, que permite la constitución de un régimen hipotecario mixto que si bien establece los principios de publicidad y especialidad propios del modelo germánico admite algunas excepciones a los mismos, hace necesario el conocimiento del régimen de publicidad inmobiliaria en vigor en los siglos anteriores, principalmente desde la recepción del Derecho común.

Antes de iniciar el análisis del proceso de formación del régimen hipotecario francés es necesario tener en cuenta la diversidad de Derechos que en materia civil existen en Francia a lo largo de buena parte de su historia jurídica. En el momento en que triunfa la Revolución las provincias o regiones francesas no se encuentran sujetas a una misma legislación civil. La mayor parte de ellas, situadas en el centro y en el sur, se rigen por disposiciones muy influidas por el Derecho romano; son las conocidas como provincias de Derecho escrito (*Pays du droit écrit*). Y el resto, las situadas en el norte y nordeste de Francia, que continuaban gobernándose por algunas de las leyes del período franco, son denominadas provincias de Derecho consuetudinario (*Pays du droit coutumier*). El origen de esta dualidad se sitúa en la Edad Media. El Derecho medieval francés es un Derecho consuetudinario, constituyendo la costumbre la fuente principal del ordenamiento jurídico. A lo largo del siglo xi la costumbre de algunas zonas como Normandía, Anjou..., se extiende por las zonas cercanas, dando ya lugar en el siglo XII a una cierta uniformidad. De esta manera, una misma costumbre constituye el Derecho de amplias regiones: Normandía, Bretaña, isla de Francia... Sin embargo, en el siglo xm acontece una cierta «ruptura» en estas costumbres según las distintas circunscripciones, originando algunas diferencias, en todo caso secundarias, entre los diferentes derechos consuetudinarios, quedando no obstante unidas en grandes grupos. Como consecuencia de esto será posible diferenciar el grupo de las costumbres del Norte, el de las costumbres del Oeste... Paulatinamente, estas costumbres se

(3) Utilizo la expresión sistema germánico incompleto para referirme a aquellos textos hipotecarios elaborados en el siglo xix en Europa en los que sin adoptar todo el andamiaje del sistema germánico, sin embargo, se encuentran más próximos a éste que al régimen francés porque no se prevén excepciones a la publicidad y especialidad de los actos jurídicos con repercusión sobre los bienes inmuebles. Esta cuestión la abordo con mayor detenimiento en mi tesis doctoral. M. SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Santander, 1995.

recogen por escrito y en el siglo xni comienza la redacción de los *coutumiers*, obras debidas a juristas privados que reúnen por escrito la costumbre de una zona. Estas obras carecen de la nota de obligatoriedad; sin embargo, no era infrecuente que alguna de ellas alcanzara a tener una gran autoridad (4). Finalmente, la mayor parte de las costumbres se recogen por escrito entre 1498 y 1530, aunque la redacción de algunas de ellas exigió un segundo texto, reformando los errores cometidos en la versión original (5).

El descubrimiento del Derecho romano, más técnico, racional y completo que el Derecho popular, oral y espontáneo, modifica este régimen consuetudinario en ciertas zonas de Francia. Este Derecho romano apenas si se intenta aplicar en las regiones del norte, porque las costumbres de estas zonas son muy distintas a los principios del Derecho romano. Sin embargo, no sucede de igual manera en el resto del país. En la parte sur de Francia las costumbres con frecuencia derivan del Derecho romano aplicado allí en los siglos vi, vil y vm. Esto facilita la aceptación y práctica del Derecho romano. No obstante, no se debe creer que el Derecho romano provocara la desaparición completa del régimen consuetudinario, pues numerosas costumbres se conservaron, desempeñando entonces el Derecho romano el papel de fuente supletoria. De cualquier manera, en las regiones de Derecho escrito perdura una base consuetudinaria importante y por ello existen algunas diferencias en la aplicación del Derecho romano.

Así pues, desde mediados del siglo xni se admite la existencia de dos grandes categorías de Derecho: el *Droit coutumier*, en las regiones del norte, y el *Droit écrit* dominante en las regiones del sur. Estas dos zonas estaban separadas por una línea que se podía trazar desde la desembocadura del Charente a la región de Gex, con las excepciones de una buena parte de la Auvergne, al sur de esta línea, que era región de Derecho consuetudinario y la Alsacia, al norte, que era región de Derecho escrito (6).

Esta realidad del Derecho francés tiene importantes repercusiones en el desarrollo de su Derecho hipotecario, porque a diferencia de lo que sucede en el centro y en el sur, en el norte se conservan a lo largo de los siglos ciertos mecanismos que sirven para dotar de publicidad a la propiedad inmueble. Además, estas técnicas ejercerán un importante flujo no sólo en los diferentes intentos de modificar el régimen hipotecario que tiene lugar no sólo durante el Antiguo Régimen, sino también tras el triunfo revolucionario.

(4) J. ELLUL, *Histoire des institutions*, III. *Le Moyen Age*, 1.^a edición, París, 1962; 12 edición, París, 1993 (las citas se realizan por la edición de 1993), págs. 139-141.

(5) *Ibidem*, IV. *xvf-xvif siècle*, 1.^a edición, París, 1956; 11 edición, París, 1991 (las citas de este tomo se corresponden con la edición de 1991), págs. 40-41.

(6) *Ibidem*, III, págs. 141-143.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La formación del sistema hipotecario mixto o francés atraviesa por distintas etapas en las que de manera no lineal se delimitan, paulatinamente, los caracteres propios de este sistema que, a grandes rasgos y sin perjuicio del posterior análisis que del mismo se realice, puede decirse que se trata de un régimen de publicidad inmobiliaria mixto, situado en un punto intermedio entre la clandestinidad propia del Derecho romano y la publicidad absoluta que caracteriza las legislaciones que constituyen el sistema hipotecario germánico y en el que, si bien se prevé para muchos actos jurídicos sobre bienes inmuebles su publicidad, se incluyen, no obstante, importantes excepciones, de forma que actos tan relevantes como las transmisiones onerosas de bienes inmuebles y las hipotecas legales permanecen ocultas.

Hasta la fecha no se ha realizado un estudio general y completo del proceso de formación del régimen hipotecario francés, aunque sí algunos trabajos parciales. Algunos de ellos se refieren al régimen hipotecario que existe en Francia en el Antiguo Régimen, otros se centran en el período intermedio, es decir, en los cambios que se introducen en la legislación hipotecaria entre 1789 y el momento de la elaboración del Código napoleónico, y finalmente en otro grupo de obras se estudian los contenidos hipotecarios del Código de 1804 y de la Ley de Transcripción de 23 de marzo de 1855, que amplía sensiblemente los supuestos sujetos a publicidad. La última etapa es la que mejor se ha estudiado porque la elaboración de la Ley de Transcripción y su posterior publicación justificaron la realización de numerosas tesis doctorales, además de interesantes aportaciones de los juristas franceses más relevantes de mediados del siglo pasado.

1. LA BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD DEL PERÍODO FRANCO Y DE LOS SIGLOS MEDIEVALES

Para comprender el régimen hipotecario mixto o francés es preciso conocer la evolución de la publicidad inmobiliaria en este espacio geográfico en períodos anteriores, básicamente durante las épocas franca y feudal, porque de estas etapas provienen algunos de los mecanismos de publicidad que en el norte y en el este de Francia se mantienen a lo largo de los siglos hasta la Revolución y, en ciertos aspectos, incluso con posterioridad a ella, y que en distintas ocasiones inspiran las reformas que intentan llevarse a efecto durante los siglos xvi, xvii y xviii.

A través de distintas obras que analizan de manera paralela el Derecho romano y el antiguo Derecho francés se pueden conocer, entre otras materias, el régimen de transmisión de la propiedad inmueble y de los derechos

reales en el seno del Derecho franco y en el Derecho medieval francés, y con ello comprender los mecanismos de publicidad que en estos Derechos se exigían para la transmisión de los bienes inmuebles y para la constitución de derechos sobre los mismos. De igual modo, en estos trabajos se expone el subsiguiente proceso que en la mayor parte de las regiones de Francia conduce a la desaparición de las antiguas formas de publicidad y la generalización de un régimen de clandestinidad inmobiliaria.

De entre la producción científica que responde a estas características, destacan por encima de otras las obras de P. OURLIAC y J. DE MALAFOSSE (7). Aunque en su origen esas obras están pensadas para los estudiantes de Derecho privado, como consecuencia de la claridad de su exposición resultan convenientes para el investigador que desea conocer este aspecto de la historia del Derecho francés. Los profesores OURLIAC y MALAFOSSE exponen el régimen de publicidad de las transmisiones inmobiliarias en torno a la institución de la *traditio* porque en el Derecho franco no cabía la posibilidad de que la propiedad se transmitiera por el mero consentimiento, circunstancia que motivó la exigencia de una serie de mecanismos de publicidad para dichas transmisiones.

Tras plantear la cuestión en el seno del Derecho franco, explican la concepción feudal que, en líneas generales, en lo que se refiere a esta cuestión, supone una prolongación con respecto al Derecho anterior porque se continúa exigiendo el cumplimiento de formalidades muy semejantes a las previstas en el período precedente para las transmisiones inmobiliarias, tanto en relación a los bienes feudales como a los no feudales o *alleux*. Sin embargo, paulatinamente, en la mayor parte del territorio francés estos requisitos de publicidad dejan de cumplimentarse, entre otras razones como consecuencia de la recepción del Derecho común.

Alcanzado este punto, entonces los profesores de la Facultad de Derecho de Toulouse centran su atención en aquellas regiones de Francia donde las antiguas formalidades se mantienen en vigor durante todo el Antiguo Régimen exigiéndose para las transmisiones de bienes inmuebles y para la constitución de derechos reales. A este conjunto de formalidades se les denomina *nantissement*, circunstancia que da pie a que estas regiones se conozcan con el nombre de *pays de nantissement*. Por otra parte, OURLIAC y MALAFOSSE, además de exponer el contenido de estas prácticas del norte de Francia, explican también el mecanismo de publicidad que existe en

(7) P. OURLIAC y J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, I. *Les obligations*, París, 1957; II. *Les biens*, París, 1961; ni. *Le droit familial*, París, 1968 (2.^a edición, I y II, París, 1969, 1972). Las citas corresponden a la 1.^a edición y en relación al objeto de este trabajo interesan, I, págs. 315-356, y II, págs. 317-327.

De los mismos autores véase también OURLIAC y MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, II. *Les biens*, 1.^a edición, París, 1961; 2.^a edición, puesta al día, París, 1971.

Bretaña y que se conoce como *appropriance par bannies*. Finalmente, concluyen su exposición con una brevísima referencia a alguno de los intentos de reforma del régimen hipotecario que se desarrollan durante el Antiguo Régimen y, posteriormente, una vez que triunfa la Revolución.

La exposición del régimen sustantivo del derecho real de hipoteca y, en consecuencia, de su régimen de publicidad se ubica en el primero de los tres tomos de la obra, donde abordan el estudio de las garantías. Las páginas más interesantes son aquellas que se destinan a exponer la evolución que se opera en el Derecho francés desde sus primitivas garantías reales hasta desembocar en la generalización de la hipoteca. Y, de igual modo que en el caso de las transmisiones inmobiliarias, el capítulo finaliza con una breve referencia a los intentos de reforma que la Corona en un primer momento, posteriormente los revolucionarios y finalmente los redactores del Código planean con el fin de hacer públicos los derechos hipotecarios.

Sin embargo, la unidad de estos trabajos no se limita a la que se obtiene de modo inmediato con la lectura de los capítulos dedicados especialmente al régimen de las transmisiones y del derecho de hipoteca; su interés va más allá porque constituyen una valiosa ayuda para solventar algunas de las dudas que en torno a cuestiones estrechamente relacionadas con la materia hipotecaria se plantean en el momento en que se inicia el estudio del régimen de publicidad inmobiliaria en Francia, por ejemplo, aquellas referidas a la organización de la tierra en los distintos momentos de la historia jurídica francesa porque, en mi opinión, como he explicado con mayor detalle en mi tesis doctoral (8), a cada régimen de la propiedad de la tierra, a cada modo de organizarse la propiedad, le corresponde, sin duda como consecuencia de la concurrencia de otras circunstancias económicas, sociales, políticas..., un concreto régimen de publicidad, de manera que como manifestó en España FRANCISCO DE CÁRDENAS, el primer hipotecarista español: «A cada estado de la propiedad corresponde distinto sistema hipotecario y, por eso, si bien se examina la historia, hallaremos que todas las variaciones de éste corresponden a los cambios ocurridos en la primera» (9).

De características similares a la primera obra señalada de los profesores OURLIAC y MALAFOSSE y anterior a la misma en el tiempo, es el estudio que del Derecho romano y del antiguo Derecho francés realizó G. LEPOINTE, obra en la que interesa en relación a este trabajo, de manera especial, el volumen destinado a los bienes, dividido en dos partes. En la primera

(8) M. SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Tesis, Santander, 1995.

(9) F. DE CÁRDENAS, «De los principales vicios de nuestro sistema hipotecario», *El Derecho Moderno*, 6, 1849, págs. 242-265; pág. 242.

estudia el derecho de los bienes en el seno del Derecho romano, y en la segunda, en el antiguo Derecho francés (10).

El régimen de publicidad inmobiliaria que subsiste hasta el siglo xvm en las regiones del norte de Francia, en Bretaña y en Metz, que en buena medida influirá en los movimientos de reforma que se desarrollan en el Antiguo Régimen y que tiene su origen en los siglos medievales, es objeto de distintos trabajos, entre los que se encuentran los de BESNIER, PLANIOL y AUG. PROST y, con un menor interés, los de DOSDAT (11), GILLIARD (12) y M. PROST (13).

BESNIER, en aquella época profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, en un breve artículo expone de manera clara y sencilla la forma de transmitirse la propiedad en los *pays de nantissement* (14). Tras llamar la atención del lector sobre el hecho de que, precisamente, en la parte de Francia donde de manera menos intensa se desarrolló el feudalismo y donde más tempranamente se le combatió políticamente es el lugar en el que se conservaron estas reglas de publicidad para la transmisión de la propiedad, presenta los pormenores de este régimen. La organización del *nantissement* supone que la transmisión de la propiedad se opera por efecto de un acto judicial, razón por la que se inicia su exposición determinando la competencia de los Tribunales en esta materia para pasar a continuación a explicar los detalles del procedimiento. Los efectos del *nantissement* son muy fuertes desde el momento en que afectan a las partes contratantes y a los terceros; en su origen, el cumplimiento de estas formalidades era necesario para que tuviera efecto la transmisión de la propiedad; sin embargo, fuera de los límites de los Países Bajos, como consecuencia de la decadencia del feudalismo y de la propia influencia de las costumbres vecinas, se

(10) G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français. Droit des biens*, París, 1958.

Para ampliar la información que se obtiene con los trabajos de OURLIAC, MALAFOSSE y LEPOINTE sobre la organización de la tierra en Francia en la Edad Media, véase J. BALÓN, *Les fondements du régime foncier au Moyen Age depuis la chute de l'Empire romain en Occident. Etude de dogmatique et d'histoire du droit*, Lovaina, 1954; E. CHENON, *Les désmembrements de la propriété foncière au Moyen Age* (Curso de Doctorado, 1993), y PETOT, *Histoire de la propriété foncière* (Curso de Doctorado, 1945).

(11) G. DOSDAT, «Prises de ban et foles de bans á Metz du xiii^e au xv^e siècle», *Mém. Bourg.*, 18, 1956, págs. 71-81.

(12) F. GILLIARD, «Les clauses de dessaisine-saisine dans le pays de Vaud du Xii^e au XVe siècle», en *Mém. Bourg.*, 18, 1956, págs. 71-81.

(13) M. PROST, «Aspects formalistes du transfert de propriété immobilière dans les coutumes du duché et du comté de Bourgogne», *Mém. Bourg.*, 14, 1952, págs. 255 y sigs.

(14) R. BESNIER, «Le transfer de propriété dans les pays de nantissement á la fin de l'Ancien Régime», *Mémoires de la Société d'Histoire du Droit des pays Flamands, Picards et Wallons*, IV. *Mélanges Raymond Monier*, págs. 195-200.

fue reduciendo la lista de derechos cuya transmisión exigía el cumplimiento de estas formalidades. Concluye poniendo de manifiesto cómo la institución de la transcripción nace directamente de este sistema de las regiones de *nantissement*.

En la costumbre de Bretaña bajo la denominación de *appropriance* o *appropriament* se comprendían unos procedimientos, variables en sus formas, que tenían como finalidad hacer inatacables las adquisiciones de bienes inmuebles, protegiéndolas contra las numerosas causas de evicción, resolución o retracto. Al estudio de esta institución dedica PLANIOL, entonces agregado en la Facultad de Derecho de París, un artículo publicado en 1890 (15). *U appropriance par bannies* es una institución propia de la Bretaña que permite la adquisición de la propiedad, pero que, sin embargo, no encuentra su fundamento en el paso del tiempo, razón por la que no se trata de una prescripción a diferencia de la *appropriance par longue tenue*, sino en la fuerza de las formalidades que se realizan. Su origen se pierde en la noche de los tiempos y su existencia se prolonga hasta el 22 de diciembre de 1795, fecha en la que, en teoría, entra en vigor el Decreto 9 Mesidor año III (16).

A fines del siglo XIX, momento en que PLANIOL publica este artículo, no existe un trabajo en el que se profundice en esta institución desde el punto de vista histórico. Se contaba con un tratado sobre la *appropriance*, obra de D'ARGENTRÉ de complicada lectura por las numerosas citas del Derecho romano y de los glosadores (17); en el *Répertoire...* de GUYOT-MERLIN se había incluido un artículo (18), al que PLANIOL reprocha que se trata de un trabajo pensado para los prácticos del Derecho porque en ese momento este procedimiento aún se encontraba en vigor; y finalmente, dos años antes del trabajo de PLANIOL un discípulo suyo había leído su

(15) M. PLANIOL, «Les appropriances par bannies en Bretagne», *RHD*, 1890, págs. 433-463.

(16) *Décret contenant le Code hypothécaire*, 9 Mesidor año III (=27 de junio de 1795) AN. AD/II/36, doc. 10. Publicado en J. B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat...*, 8, París, 1825, págs. 189-214.

Digo en teoría porque, como más adelante explicaré, la entrada en vigor del texto de 1795, que suponía la reforma del régimen hipotecario francés, se aplazó en sucesivas ocasiones, razón por la que se puede decir que en 1798, fecha en la que entra en aplicación el nuevo texto hipotecario (*Loi sur le régime hypothécaire*, 11 Brumario año VII (=1 de noviembre de 1798). DUVERGIER, *Collection...*, cit., 11, París, 1825, págs. 16-29), el Decreto de 1795 no había llegado a tener vigencia.

(17) PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., pág. 437.

(18) GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, París, 1784-1785; MERLIN, edición aumentada, del repertorio de GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, en matière civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, 18 vols., 5.^a edición, París, 1827-1828.

tesis en la Facultad de Rennes sobre el *appropriement*; sin embargo, en opinión de PLANIOL, aunque se trataba de una buena tesis que contenía todo lo dicho y escrito por los antiguos juristas bretones, le faltaba la perspectiva histórica (19).

A continuación el autor se refiere al momento de la aparición de la *appropriance* en Bretaña en el siglo xm, a los bienes susceptibles de este procedimiento de transmisión, a los títulos de adquisición que dan lugar a los anuncios públicos o *bannies*, a las condiciones necesarias para que cause sus efectos este medio de transmisión de la propiedad inmueble, explica el procedimiento en sí de *V appropriement*, expone la competencia judicial en esta materia, sus efectos y finaliza con las distintas hipótesis existentes sobre el origen y desarrollo de esta institución.

Los requisitos de publicidad de las transmisiones de dominio propios de Metz se analizan en 1880 por AUG. PROST (20). Desde una fecha cercana a 1203 y durante un período aproximado de sesenta años se encuentran menciones sobre la *vesture* en distintos documentos. Esta formalidad tenía lugar cuando se celebraba la transmisión y representaba el momento a partir del que se iniciaba la posesión o disfrute del bien que permitía, después del transcurso de un año y un día, la definitiva adquisición de la propiedad.

Después de analizar los detalles de esta figura, aborda la institución que, en Metz en el último tercio del siglo xni, sustituye a los requisitos de la *vesture* como forma de publicidad de las transmisiones y que recibe la denominación de *prise de ban*. De igual manera a como lo ha hecho en relación con la primera institución, describe en detalle el procedimiento de las *prises de ban*. Como colofón del extenso trabajo publica en Apéndices numerosos títulos originales relativos a la *vesture* y a la *prise de ban*.

2. LOS INTENTOS DE REFORMA DEL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD EN EL ANTIGUO RÉGIMEN EN LA BIBLIOGRAFÍA

Durante los siglos xvi, xvii y xvra se aprecia el interés en reformar la legislación hipotecaria en vigor con la finalidad de hacer público, si no todo el estado de la propiedad inmueble, sí algunos de los actos sobre la misma, actitud que se percibe no sólo en los textos legales, sino también en

(19) PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., pág. 437.

(20) A. PROST, «Etude sur le régime ancien de la propriété. La vesture et la prise de ban á Metz», *RHD*, 1880, págs. 1-68; 301-376; 573-628; 701-750.

los doctrinales. De esta manera, en el siglo xvn, J. LESCHASSIER (21) y C. LOYSEAU (22) se declaran partidarios de introducir importantes variaciones en la legislación hipotecaria; piénsese que en el momento en que ambos redactan sus obras se encuentra en vigor el Edicto de 1551 (23), lo que significa que el único mecanismo de publicidad que existe es el de los decretos voluntarios, y precisamente contra esta técnica de publicidad se dirigen las críticas de ambos.

También en el siglo xvn BASNAGE, comentarista de la Costumbre de Normandía y Abogado en el Parlamento de Rouen, escribe su *Traite des hypothèques* (24), obra que se ha considerado como una de las más importantes sobre la materia hipotecaria del Antiguo Régimen, prueba de lo cual son sus distintas ediciones, y en la que critica el Edicto de 1673 (25), que representa el último intento hasta aquella fecha de arbitrar un mecanismo que permita dotar de publicidad a las hipotecas y las formalidades del *nantissement* por considerar que a través de las mismas no se garantiza suficientemente la publicidad inmobiliaria. El jurista normando propone como vías para evitar los inconvenientes de la clandestinidad la sujeción especial de cada inmueble a la deuda que garantiza (principio de especialidad) y el incremento de las penas por la comisión del delito de estelionato.

En el siglo xvm continúan publicándose diferentes obras en las que sus autores se muestran partidarios de la reforma del régimen de publicidad

(21) J. LESCHASSIER, *Observations sur les hypothèques et adjudications des héritages par décret*, París, 1602.

(22) C. LOYSEAU, *Du déguerpissement par hypothèque de l'action hypothécaire*, 16...

(23) *Ordonnance qui porte règlement general pour les criées, ventes et adjudications de biens par décret*, Fontainebleau, 3 de septiembre de 1551. JOURDAN, DECRUSY y ISAMBERT, *Recueil general des anciennes lois françaises depuis Van 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, 28 vols., París, 1822-1833, 13 (1546-1559); París, 1828, págs. 216-222.

(24) BASNAGE, *Oeuvres de maître..., ecuyer, seigneur de franquesnei, avocat au Parlement, contenant ses commentaires sur la coutume de Normandie et son Traite des hypothèques*, 2 vols., 4.^a edición, aumentada, con notas relativas a la jurisprudencia, Rouen-París, 1778. En realidad se trata de la 5.^a edición del Tratado publicada por BASNAGE DE BAUVAL, hijo de BASNAGE el autor de la obra.

(25) *Edit portant établissement de greffes par V enregistrement des oppositions de créancier hypothécaires*, Versailles, marzo de 1673. AN.AD/H/18, doc. 4. Publicado en ISAMBERT, *Recueil...*, cit., 19 (enero 1672-mayo 1686), París, 1829, págs. 73-83.

Este Edicto se revoca a través de otro Edicto fechado en 1674: *Edit du roi, portant suppression des greffes d'enregistrement des oppositions pour conserver la préférence aux hypothèques*, Versailles, abril de 1674. Lo publica GRENIER, *Commentaire su l'édit portant création de Conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs et abrogation des décrets volontaires*, 2.^a edición, corregida y considerablemente aumentada, Riom, 1787, págs. 541-542.

inmobiliaria, formulando críticas a la técnica de los Decretos voluntarios de 1551 y a la prevista en 1673, entre los que se encuentran D'HERICOURT (26) y FERRIERE (27), entre otros.

El Edicto de Luis XV de junio de 1771 constituye la última oportunidad en el Antiguo Régimen de reformar la legislación hipotecaria, siendo, de todos los intentos, el más importante, no sólo por las reacciones que se originaron con ocasión de su publicación, sino también por su perdurabilidad (28), de manera que aun después de la Revolución se mantiene su vigencia y, en el momento de elaborarse el contenido hipotecario del Código Civil francés, la mitad de los miembros del Consejo de Estado defienden su conservación con las modificaciones oportunas. Numerosos fueron los contemporáneos que dejaron por escrito su opinión, observaciones y dudas sobre este Edicto, circunstancia que permite en la actualidad la lectura de varios trabajos sobre el mismo, a diferencia de lo que sucede con los textos jurídicos anteriores que de manera principal han sido analizados por juristas e historiadores posteriores al momento de su publicación.

De entre los autores que abordan el estudio del régimen de publicidad previsto en el Edicto de 1771, en 1780 BROHARD, Abogado en el Parlamento, decano y primer profesor de la Universidad de Valence en Dauphiné, publica unas observaciones al mismo (29). La importancia de este tipo de obras, y en concreto de este trabajo, es grande porque en el mismo se plasma la doble visión que un jurista de la época tiene acerca del Edicto de 1771. Por una parte, el autor plantea cuestiones que percibe desde su posición de profesor de Derecho, es decir, como teórico, y simultáneamente, de otra parte, presenta los problemas que como práctico está obligado a resolver en el Parlamento con ocasión de la aplicación del texto legal. Además, tienen interés los trabajos de esta naturaleza realizados por miembros de los distintos Parlamentos porque de esta manera se conoce la actitud que los Parlamentos adoptan en el texto de 1771 dado que mientras que en

(26) D'HERICOURT, *Traite de la vente des immeubles par décret*, París, 1727.

(27) J. FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, nueva edición, revisada por..., París, 1797, voz *nantissement*.

(28) *Edit portant création de conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs, et abrogation des décrets volontaires*, Versailles, junio de 1771. AN.AD/11/18, doc. 48 (también en AN.K/871.1, doc. 2). Publicado en ISAMBERT, *Recueil...*, 22 (1 enero 1737-10 mayo 1774), París, 1830, págs. 530-537.

(29) BROHARD, *Observations sur l'Edit des hypothèques du mois de juin 1771*, Lyon, 1780.

Una edición de esta misma obra había visto la luz en 1779, sin embargo, no aparecía por ninguna parte el nombre de su autor aunque el contenido es exactamente el mismo que el de la fechada en 1780: *Observations sur l'Edit des hypothèques du mois de juin 1771*, par M.*** (sic), Abogado en el Parlamento de Dauphiné, 1779.

algunos se procedió a registrar el Edicto con ciertas modificaciones, en otros nunca llegó a cumplimentarse este requisito (30).

BROHARD inicia el trabajo recordando la situación de clandestinidad en que se encuentran las hipotecas, refiriéndose al contenido del Edicto de 3 de septiembre de 1551 con el que se había intentado generalizar la práctica de los decretos voluntarios como medio de publicidad hipotecaria y cuyas previsiones se derogan por el de 1771. A continuación reproduce artículo por artículo el texto del Edicto de 1771, formulando al pie de cada uno de ellos el correspondiente comentario u observación. Además, como consecuencia de que el autor es natural de la provincia de Dauphiné, al final de cada observación refiere los problemas o dificultades que la aplicación de cada precepto origina en esta provincia.

Junto al Edicto incorpora otras disposiciones normativas cuya inclusión resulta muy útil porque en los repertorios legislativos no se publican. Así sucede con la tarifa de los derechos por la obtención de las *lettres de ratification*, las *lettres patentes* del Rey para el gobierno de los derechos de hipotecas y la declaración del Rey de 24 de noviembre interpretando el Edicto de junio (31).

Sobre este mismo Edicto de 1771 se cuenta con otro comentario de un autor desconocido que justifica la realización de su obra en el hecho de la imposibilidad de que la Ley descienda a todos los detalles y a todos los problemas que su aplicación origina, apreciación que le conduce a valorar positivamente la oportunidad de realizar unos comentarios al texto legal (32). El contenido y el método es muy similar a los de la obra de

(30) El papel que desempeñan los Parlamentos en el Antiguo Régimen es muy importante. Con independencia de las funciones judiciales que ejercen cumplen otras tres de gran trascendencia: promulgación de *arrêts de règlement*, en el ejercicio de su labor legislativa; ostentan el derecho de registrar las disposiciones normativas del Monarca, requisito imprescindible para la entrada en vigor de las mismas (*droit d'enregistrement*) y ejercen también el derecho de formular las quejas y observaciones que consideren oportunas a las disposiciones emanadas de la Chancillería real (*droit de remontrances*). P. VOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, III. *Période française: moyen âge (Communes, Corporations, Prévôts et baillis, Parlements, Chambres de comptes, Conseil, Finance)*, reimp. de la edición de París, 1903; Alemania, 1966, págs. 295-363; de manera menos extensa, F. R. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*, edición fotomecánica de la edición de 1948, París, 1990, págs. 528-552.

(31) *Tarif des droits qui se perceyront pour la conservation des hypothèques sur les rentes constituées par les particuliers et sur leurs immeubles et de ceux qui seront levés sur les lettres de ratification qui purgeront ees hypothèques*, Versailles, 2 de junio de 1771 (BROHARD, *Observations...*, cit., págs. 235-242); *Lettres patentes du roi pour la régie des droits d'hypothèques*, Versailles, 7 de julio de 1771 (*ibidem*, págs. 243-256); *Déclaration du roi et interpretation de l'Edit du mois de juin 1771 concernant les hypothèques*, Versailles, 24 de noviembre de 1771 (*ibidem*, págs. 271-281).

(32) *Commentaire sur l'édit, portant création de conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs, e abrogation des décrets volontaires, et observations*

BROHARD; de hecho, si se comparan ambos textos la principal diferencia se encuentra en los formularios que este autor anónimo incluye y que ayudan a comprender el sentido y el funcionamiento de las previsiones del Edicto de 1771 (33).

Por otro lado, GRENIER, Abogado en el Parlamento de Auvergne, es probablemente uno de los mejores conocedores del régimen hipotecario francés, tanto del Antiguo Régimen como del elaborado con posterioridad a la Revolución, prueba de lo cual son sus diferentes publicaciones sobre la materia. De momento hago referencia al comentario que realiza al Edicto de 1771, proponiendo para más adelante otra obra suya redactada cuando ya se encontraba en vigor el Código Civil de 1804 (34). Este hombre de leyes se erige en un firme partidario del Edicto de 1771 desde el momento en que lo considera la solución a los problemas que se derivan de la clandestinidad de las hipotecas. En su opinión, ni la técnica de los decretos voluntarios del Edicto de 1551, ni la vía de las *appropriances par bannies* del Derecho bretón constituyen medios adecuados para proporcionar publicidad a los derechos hipotecarios. Los primeros por el proceso tan largo, costoso y difícil que exigen y por las numerosas excepciones que se prevén, y las segundas porque si bien solventan algunos de los inconvenientes de los decretos voluntarios, no facilitan la entrega del precio de la adquisición a los vendedores. Sin embargo, GRENIER, aunque defiende con firmeza el Edicto de 1771, reconoce que su aplicación plantea ciertas dudas que intenta resolver a través de los comentarios y, del mismo modo que en los anteriores trabajos citados, incorpora a su obra algunas disposiciones normativas y determinados formularios.

Otro Abogado de un Parlamento, en este caso del de Toulouse, CORAIL DE SAINTE-FOY, es el autor de una nueva obra sobre el Edicto de 1771 (35). La principal diferencia en relación con las anteriores, y a la vez su principal virtud, es que se trata de una explicación del Edicto sobre la base de la jurisprudencia, utilizando más de sesenta decisiones judiciales, además de tener en cuenta todas las disposiciones legales que en materia hipotecaria se habían dictado con posterioridad a 1771 y hasta la fecha de la publicación de su libro.

Una vez que triunfan las ideas revolucionarias, algunos autores promueven la reforma hipotecaria señalando, una vez más, los defectos del Edicto

sur la déclaration du roi, qui accorde des encouragements á ceux qui défrichent des terres incultes, par M. R. **** (sic), Aviñón, 1782.

(33) *Ibidem*, págs. 285-292.

(34) GRENIER, *Commentaire sur l'édit...*, cit.

(35) F. DE CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit du mois de juin 1771 et autres lois postérieures concernant les hypothèques*, Toulouse, 1785.

de 1771; tal es el caso de DESCHENES (36). En su trabajo se distinguen dos partes; en la primera trata de exponer la necesidad de reformar las leyes entonces en vigor sobre hipotecas, señala los vicios más importantes que éstas revisten: incertidumbre de la hipoteca, inexistencia de hipotecas mobiliarias, el mecanismo de purga de las hipotecas...; y en la segunda propone un proyecto de ley sobre hipotecas compuesto por tres títulos referidos al *nantissement*, a la *appropriance* y al modo de purgar las hipotecas.

Finalmente, se debe hacer referencia a la obra de un hombre que puede ser considerado como uno de los últimos grandes juristas del Antiguo Régimen y a la vez uno de los más importantes del nuevo Estado, hombre muy cercano a Napoleón, en cuya obra se aprecia con nitidez y claridad el tránsito del Derecho del Antiguo Régimen al de la nueva etapa que se inicia tras la Revolución. Me refiero a MERLIN DE DOUAI, quien participa activamente en la formación del nuevo ordenamiento jurídico: en materia judicial, durante la discusión de la reforma en la Constituyente se eleva en el defensor de la existencia de un solo Tribunal de Casación con sede en París frente a un número importante de constituyentes, que deseando evitar una extralimitación de poderes por parte de las Cortes supremas como había sucedido con los Parlamentos bajo el Antiguo Régimen, deseaban establecer un Tribunal fijo en París y seis Cortes ambulantes (37); en el campo económico colabora en el proceso de abolición del feudalismo formando parte del *Comité des droits féodaux*, que recibe el encargo de fijar los derechos que habrían de abolirse gratuitamente y de determinar cuáles y en qué condiciones los indemnizables (38); junto a COUTHON y a CAMBACÉRÈS recibe el 22 de abril de 1794 el encargo de redactar un Código Civil (39); y en los aspectos religiosos, bajo el Directorio, MERLIN DE DOUAI es el autor de la Resolución de 3 de abril de 1798 (14 Germinal año VI) que hace obligatorio el calendario revolucionario (40); no hay que olvidar que durante el Gobierno del Directorio ocupa el Ministerio de Justicia.

La obra escrita por la que se le conoce no sólo en Francia, sino también en el extranjero y que resulta indispensable para conocer el Derecho francés anterior a 1789 y para penetrar en los entresijos del nuevo ordenamiento es el *Répertoire...* (41). En efecto, actuando como Abogado en el Parlamento de

(36) DESCHENES, *Observations sur les hypothèques*, París, 1791.

(37) J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, 1.^a edición, París, 1951; 4.^a edición, París, 1989, pág. 153.

(38) *Ibidem*, pág. 193.

(39) E. LEDUC, *Une grande figure de l'histoire napoléonienne. Portalis (1746-1807)*, París, 1990, pág. 167.

(40) GODECHOT, *Les institutions...*, cit., pág. 533.

(41) MERLIN, *Répertoire...*, cit.

Flandes redacta numerosos artículos para el *Répertoire...*, dirigido entonces por GUYOT, y al poco tiempo adquiere los derechos de éste sobre la obra, reeditándola en varias ocasiones. A los efectos de esta investigación son útiles los términos: *hypothèque*, *nantissement*, *appropriance*, *saisine*, *oeuvres de loi*, *véture*, *devoirs de loi*, *adhéritance*, *main assise*, *mise défaut...*

Por otra parte, este mismo jurista aporta interesante información en relación a los problemas que se derivaron de la aplicación del Edicto de 1771 después de la Revolución en el informe que presenta a la Asamblea Nacional el 24 de diciembre de 1790. En el mismo queda de manifiesto cómo los conflictos se planteaban en el momento de aplicar el Edicto de 1771, que no se había derogado, una vez que se establece la nueva organización judicial (42).

Además de estas obras, en la que sus autores, más o menos contemporáneos de las distintas normas a través de la que durante el Antiguo Régimen se pretende proporcionar publicidad a los derechos hipotecarios, analizan los diferentes mecanismos publicitarios, desde principios de este siglo se elaboran varias tesis doctorales que analizan las diversas tentativas de reforma del régimen de publicidad en el Antiguo Régimen. La más antigua se presenta en 1908 por POUSSART, quien estudia los orígenes y transformaciones de la institución hipotecaria en el antiguo Derecho francés, exponiendo la evolución que acontece y que permite que desde las primitivas garantías reales existentes bajo el feudalismo e incluso en el período franco se llegue a la generalización de la hipoteca como principal forma de garantía de las obligaciones (43).

Por su parte, F. E. DESSOUDEIX inicia su investigación con el análisis de las garantías reales, y especialmente de la hipoteca, desde los tiempos anteriores al feudalismo hasta la Recepción del Derecho romano, para a continuación ocuparse de las distintas medidas a través de las que desde el siglo xvi se intenta que las hipotecas sean públicas (44). Estudia la mayor parte de los intentos habidos en este sentido desde los Edictos de 1553 (45) y 1581 (46), pasando por la técnica de la insinuación y las formas propias

(42) MERLIN, *Rapport fait á l'Assemblée Nationale, le 24 décembre 1790, au nom du Comité de constitution, sur les chancelleries des hypothèques et les insinuations*, 24 de diciembre de 1790. AN.AD/II/36, doc. 2.

(43) M. POUSSART, *Origines et transformations de V hypothèques dans V anden droit frangais*, tesis, Lille, 1908.

(44) F. E. DESSOUDEIX, *Les origines de V hypothèque dans notre ancien droit et las premieres tentatives de publicité*, tesis, Burdeos, 1909.

(45) *Edit de création d'un greffier des insinuations en chaque bailliage, prévôté, etc.*, Saint-Germain-en-Laye, 3 de mayo de 1553. ISAMBERT, *Recueil...*, cit., 13 (1546-1559), París, mayo 1828, págs. 314-319.

(46) *Edit de création d'un bureau de controle des actes extra-judiciaires en chaque siège royal*. Blois, junio de 1581. *Ibidem*, 14 (II parte, mayo de 1574-agosto de 1589), París, junio 1829, págs. 493-499.

de las regiones de *nantissement*; sin embargo, dedica una mayor atención al Edicto del Ministro COLBERT de 1673 (47). Hasta la fecha creo que se trata del mejor trabajo de los que se han realizado sobre este texto legal, que en la mayor parte de las ocasiones se ha sobrevalorado porque en realidad, como expondré más adelante, supuso un retroceso en el régimen de la publicidad inmobiliaria si se tienen en cuenta las anteriores normas, aunque ciertamente éstas se encontraban ya derogadas.

La tesis de E. BLUM se dedica por completo a los diversos intentos de reforma del régimen hipotecario bajo el Antiguo Régimen (48). Tras una Introducción que desmerece en relación al resto del trabajo, la obra se divide en tres partes en las que estudia sucesivamente los movimientos de reforma anteriores al Edicto de 1771, a continuación profundiza en este texto legal y finalmente en la tercera parte se refiere a los cambios previstos bajo el remado de Luis XVI y a la situación en que queda el texto de 1771 tras la Revolución.

BLUM, a diferencia de los demás autores a los que me he referido, trabaja sobre fondos documentales depositados en los Archivos Nacionales, en la Biblioteca Nacional y en los Archivos del Sena. Sin duda este interés se debe a su propia formación porque, aunque doctor en Derecho, era licenciado en Letras, siendo además archivero y paleógrafo, formación que debió facilitarle la labor de búsqueda y de la lectura de documentación depositada en los Archivos. Este trabajo le permite dar a conocer varios proyectos que para modificar el régimen de publicidad inmobiliaria se preparan en el período de tiempo que transcurre entre el Edicto de COLBERT de 1673 y el de 1771 y que hasta la fecha de su trabajo habían permanecido prácticamente desconocidos. Otro aspecto novedoso es el análisis que realiza de la acogida que los sucesivos intentos de reforma tienen en el marco de la doctrina de los siglos xvi, xvii y xviii. En efecto, el trabajo que desarrolla en los archivos le permite también aportar importantes datos acerca de las reacciones que los diferentes textos legales ocasionan en los Parlamentos y, en consecuencia, sobre la efectiva o nula aplicación de los mismos. Por todas estas novedades entiendo que resulta más interesante y novedosa esta tesis que las anteriores de POUSSARD y DESSOUDEIX.

Finalmente, en 1945 J. BAFFAULIE, estudiante de segundo curso de Doctorado, presenta una Memoria en la que reconstruye la historia de la publicidad de las transmisiones contractuales de inmuebles desde el siglo v hasta

(47) *Edit portant établissement de greffes par V enregistrement des oppositions de créanciers hypothécaires...*, cit.

(48) E. BLUM, *Les essais de réforme hypothécaire sous VAnclen Régime*, París, 1913.

el final del Antiguo Régimen (49). Es un trabajo útil porque con un lenguaje claro describe perfectamente el régimen de publicidad de las transmisiones inmobiliarias voluntarias en el seno del Derecho franco, en el Derecho feudal y en el antiguo Derecho francés en las regiones del *nantissement* y en el resto del territorio francés. A diferencia de otras obras, presta especial atención al régimen de la insinuación, forma de publicidad inmobiliaria que en Francia tiene más importancia que en otros territorios europeos, como es el caso de los Reinos de la Península Ibérica, porque de acuerdo con las previsiones de distintas normas que se promulgan entre los siglos xvi y xvm llega a ser obligatoria no sólo para las donaciones, sino también para otras transmisiones inmobiliarias. No obstante, acerca de esta última aportación debe realizarse una importante crítica: la escasa bibliografía que señala, por no decir nula, y la ausencia total de referencias acerca de las fuentes que maneja, circunstancia que impide contrastar la información que proporciona.

3. LAS OBRAS Y LOS AUTORES SOBRE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA DEL PERÍODO INTERMEDIO (1789-1804)

La idea de la reforma del régimen de clandestinidad en el que se encontraba sumido la propiedad inmueble se retoma tras la Revolución por medio de distintas medidas. La Ley de 19-27 de septiembre de 1790 y la de 9 Mesidor del año III (27 de junio de 1795) (50) suprimen las formalidades del *nantissement* y de las *appropriances par bannies* por el carácter feudal del origen de ambas instituciones; además, en este segundo texto, la Convención elimina las hipotecas tácitas o legales del Antiguo Régimen e introduce las cédulas hipotecarias; finalmente, la Ley de 1 de noviembre de 1798 prevé la exigencia de transcripción para todos los actos traslativos de la propiedad, establece un mecanismo para purgar las nuevas propiedades de toda hipoteca anterior y fija los límites al principio de especialidad desde el momento en que exige que todas las hipotecas convencionales se estipulen expresamente y que graven bienes especialmente determinados; sin embargo, admite de nuevo las hipotecas legales sin inscripción (51).

(49) J. BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité des transferts conventionnels d'immeubles du V^e siècle à la fin de l'Ancien Régime*, examen para la obtención del D.E.S. de Derecho Romano e Historia del Derecho, abril de 1945.

(50) *Décret contenant le Code hypothécaire*. 9 Mesidor año III (=27 de junio de 1795), cit.

(51) *Loi sur le régime hypothécaire*. 11 Brumario año VII (=1 de noviembre de 1798), cit.

Este interés de los revolucionarios en orden a reformar el régimen de publicidad en Francia se encuentra estrechamente unido a la labor legislativa que llevan a efecto en relación a la configuración de una nueva concepción de la propiedad. El nuevo sistema de publicidad inmobiliaria no puede considerarse como un hecho aislado, independiente del resto de medidas que en el orden económico y social se adoptan. La necesidad de hacer público el estado de la propiedad inmobiliaria se encuentra en estrecha conexión con el proceso de división y reparto del suelo, con la liberalización del tráfico comercial inmobiliario, con el régimen sucesorio..., circunstancias todas ellas que obligan, como medida previa al estudio de la bibliografía existente sobre la reforma hipotecaria en el período intermedio, a conocer la relación que existe entre la Revolución y la propiedad inmueble, fin para el que se dispone de distintos trabajos que abordan la cuestión, entre los que se encuentran el publicado por GARAUD (52) y el publicado por DE SAGNAC (53).

Apenas si existe literatura jurídica de la época en torno a los dos textos legales citados de 1795 y 1798, laguna que se comprende si se tiene en cuenta que el texto de 1795 no llega a entrar en aplicación y que el Código hipotecario de 1798 se deroga al poco tiempo de su promulgación (54).

La fuente principal para conocer el proceso de elaboración de estas normas y los criterios de sus redactores la constituyen los informes y opiniones emitidas por los diferentes juristas a lo largo de su discusión. Todo este material en relación al régimen hipotecario y que comprende el tiempo transcurrido entre 1792 y el 1 de noviembre de 1798 se entregó a la imprenta, circunstancia que facilita su consulta aduciendo a los Archivos Nacionales donde se encuentra depositado (55). Además, todos estos documentos se incluyen en una Colección publicada en el año VII (56). De esta manera, se puede acceder fácilmente a las opiniones emitidas en el Comité de

(52) GARAUD, *Histoire générale du Droit privé français de 1789 a 1804. La Révolution et la propriété foncière*, París, 1958.

(53) P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, tesis, París, 1898; reedición facsímil de la edición, París, 1898; Alemania, 1971, págs. 57-243.

(54) La entrada en vigor del Código hipotecario del año III se aplazó en distintas ocasiones hasta la publicación de la Ley de Brumario del año VII (1798), que por su parte se deroga con la publicación del Código de 1804.

En concreto, las leyes de 22 de octubre de 1795 (30 Vendimiario año IV), 17 de diciembre de 1795 (26 Frimario año IV), 9 de marzo de 1796 (19 Ventoso año IV), 29 de mayo de 1796 (10 Pradial año IV), 11 de agosto de 1796 (24 Termidor año IV) y 19 de octubre de 1796 (28 Vendimiario año V) suspenden sucesivamente la ejecución de la Ley 9 Mesidor año III, razón por la cual se puede afirmar que esta Ley jamás tuvo carácter obligatorio.

(55) AN.AD/II/36 y 37.

(56) *Collection générale des rapports et opinions relatifs au régime hypothécaire (1792-an VII)*, 4 vols., París, año VII.

legislación, en el Consejo de los Quinientos y en el Consejo de Ancianos al tiempo de la preparación de los nuevos textos legales.

Otra fuente para profundizar en el sentido del régimen previsto en la Ley del año VII la constituyen las discusiones que se desarrollan en el seno del Consejo de Estado durante el debate del Código Civil. En la sesión de 28 de enero de 1804 (7 Pluvioso años VII) el Cónsul encarga a la Sección de legislación del Consejo de Estado presentar en la reunión del 2 de febrero siguiente los informes que se habían preparado sobre los dos regímenes hipotecarios entre los que se había planteado la discusión: si el sistema entonces en vigor que era el de la Ley del año VII y el nuevo régimen propuesto por los redactores del Código Civil. El Consejero Real, que había ocupado importantes puestos en el orden judicial y en la administración, es el encargado de exponer el informe defendiendo la conservación del contenido de la Ley del año VII, aunque introduciendo las reformas que fueran precisas (57). De esta manera, a través de las opiniones de Real y de los demás consejeros en relación al texto del año VE se puede conocer mejor el régimen de publicidad previsto en el mismo.

Sin embargo, pese a la utilidad de estos discursos en orden al estudio del sistema que se establece en 1798, considero oportuno manifestar que el informe de la Sección en favor del régimen del año VII y las intervenciones de los miembros del Consejo en defensa de este texto legal, aunque interesantes, carecen de la calidad técnica de que disfrutaban los estudios doctrinales realizados sobre el Edicto de 1771, como consecuencia de la distinta naturaleza de unas obras y otras. Mientras que las obras anteriormente citadas en relación al Edicto de 1771 constituyen auténticos tratados o comentarios al mismo, planteando sus autores no sólo las ventajas que se derivan de su entrada en vigor, sino también los problemas que originan y las posibles soluciones a los mismos, las intervenciones de los miembros del Consejo de Estado no dejan de ser, en el mejor de los casos, un breve informe, y en las demás ocasiones limitadas intervenciones sin la calidad ni la extensión de los trabajos relativos al texto de 1771.

(57) Sesión de 12 Pluvioso año XII (2 de febrero de 1804). J. G. LOCRE, *Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du projet de Code Civil*, 5 vols., París, año XII (1804), por la cita IV, pp. 395-396. También en FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. Discussions, motifs, rapports et discours*, 15 vols., París, 1827, por la cita 15, págs. 280-286; de esta edición existe una reimpresión en Osnabrück, 1968.

Integran la Sección de legislación del Consejo de Estado, entre otros, PORTALIS, BOULAY DE LA MEURTHE, BERLIER, REAL y THIBAUDEAU, a los que se unen más tarde BIGOT DE PRÉAMENEU, TRONCHET y TREILHARD. LEDUC, *Une grande figure...*, cit., págs. 170 y 208.

En el mismo año de la promulgación de la Ley de 11 Brumario, HUA redacta una de las pocas obras referidas a esta norma legal (58). El trabajo, con independencia de los textos legales que publica, se divide en dos partes: el primer título lo consagra al estudio del régimen hipotecario, y el segundo, a la manera de consolidar y purgar las expropiaciones (59).

Por otra parte, la tesis de BUISSON (60) se refiere básicamente a la legislación revolucionaria, es decir, al Decreto de 27 de junio de 1795 que contiene el Código Hipotecario y a la Ley sobre Régimen Hipotecario de 1 de noviembre de 1798, aunque no prescinde de las oportunas referencias al régimen hipotecario del Antiguo Régimen y a los cambios que se introducen en la Ley del año VII por el Código Civil (61) y, a su vez, en éste por el Decreto de 1955 (62). Como señalo, se refiere a la reforma operada en el Código Civil en materia hipotecaria en 1955 y, sin embargo, apenas si incluye referencias a la Ley de Transcripción de 1855 (63) que supuso también un cambio fundamental en el régimen de publicidad de las transmisiones previsto en el Código Civil. Esta omisión la justifica el autor por la existencia de numerosas obras, consideradas ya clásicas, en torno a la Reforma de 1855.

Se trata en conjunto de un estudio bastante completo porque comprende el régimen de publicidad de las hipotecas y de los actos traslativos de la propiedad y la especialidad de las primeras. En cuanto a las fuentes y bibliografía que utiliza en relación a los textos revolucionarios, puede parecer en principio un tanto escasa porque se limita a consultar los trabajos preparatorios de la Ley de 11 de Brumario y la obra de SAGNAC (64). Sin embargo, este hecho tiene una explicación que ya he señalado anteriormente y por esto mismo la tesis de BUISSON no desmerece por esta causa: el escaso número de publicaciones en relación a estos textos, entre otras ra-

(58) HUA, *Notions élémentaire sur le régime hypothécaire suivies des deux lois rendues le 11 Brumaire an VII; avec des notes explicatives pour en faciliter l'application, et les formules des bordereaux nécessaires pour l'inscription des diverses natures de privilèges et hypothèques*, París, años VII; del mismo autor, *De la nécessité et des moyens de perfectionner la législation hypothécaire*, París, 1812.

(59) De la misma fecha de la Ley Hipotecaria, recuérdese 1 de noviembre de 1798 (11 de Brumario), es la *Loi sur le régime hypothécaire et les expropriations forcées*. Se publica en DUVERGIER, *Collection...*, cit., 11, París, 1825, págs. 29-35.

(60) M. BUISSON, *La publicité des hypothèques et des actes traslatifs de propriété de l'ancienne France jusqu'à nos jours*, tesis, París, 1962.

(61) *Loi relative aux privilèges et hypothèques*. 28 Ventoso-8 Germinal año XII (19 de marzo de 1804). AN.AD/H/36, doc. 169 (=artículos 2.092-2.203 del Código Civil).

(62) *Decret portant reforme de la publicité foncière*. 4 de enero de 1955. *GP*, 1955, I, págs. 503-512.

(63) *Loi sur la transcription en matière hypothécaire*, 23-26 de marzo de 1855. DUVERGIER, *Collection...*, cit., 55, París, s.a., págs. 55-71.

(64) SAGNAC, *La législation civile...*, cit.

zones, porque el Decreto de 1795 no llegó a entrar en aplicación y la Ley de 1798 estuvo muy pocos años en vigor.

Este desinterés de los juristas hacia los textos legales elaborados en el período intermedio se constata no sólo en relación a la legislación hipotecaria, sino en general hacia toda la producción legislativa de estos años. Esta apreciación ya la realizaba SAGNAC en 1898, cuando justificaba la preparación de una de sus obras (65), por la falta de estudios sobre los textos legales promulgados entre 1789 y 1804. Los investigadores franceses habían dedicado su trabajo al estudio del antiguo Derecho francés y al contenido en el Código Civil, pero no a las leyes de la Revolución, hecho curioso si se tiene en cuenta que el Derecho civil francés posrevolucionario tiene su origen precisamente en las normas que se publican en estas fechas (66).

4. TRABAJOS SOBRE EL TÍTULO XVIII DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y LA LEY DE TRANSCRIPCIÓN DE 1855

Cuando los redactores del Código Civil francés abordan la materia hipotecaria, como precisó Napoleón, tenían ante sí tres modelos de legislación entre los que debían de seleccionar el que incluyeran definitivamente en el Código: el sistema del Derecho romano que desconocía los principios de publicidad y especialidad; el régimen previsto en el Edicto de 1771, que si bien admitía la publicidad inmobiliaria no preveía la especialidad hipotecaria; y finalmente el establecido en la Ley de Brumario, que consagraba la especialidad y la publicidad y que constituía entonces el Derecho en vigor (67). Como consecuencia del desacuerdo existente entre los miembros del Consejo de Estado, el propio primer Cónsul decide los principios del nuevo régimen hipotecario, optando por una solución más progresiva que la prevista en el Edicto de 1771, pero que suponía un retroceso en relación al texto del año VII porque las transmisiones de derechos reales a título oneroso quedaban al margen de la obligación de transcripción, de lo que se originaba una gran inseguridad para los adquirentes y para los prestamistas.

El debate en tomo al contenido hipotecario del Código fue uno de los más importantes y más conflictivos, como lo demuestra el hecho de que los miembros del Consejo de Estado no consiguieran alcanzar ningún acuerdo y haya sido el propio Napoleón quien tomara la decisión final (68). Por este

(65) *Ibidem*.

(66) *Ibidem*, prefacio.

(67) FENET, *Recueil...*, cit., 15, pág. 301.

(68) La importancia que la materia hipotecaria tiene en el seno de la legislación civil queda muy bien reflejada en la siguiente afirmación de TROPLONG, uno de los grandes estudiosos de la legislación hipotecaria francesa durante el siglo XIX: «*Le régime*

motivo, es indispensable conocer las discusiones que se desarrollan en el seno del Consejo de Estado sobre el régimen de publicidad inmobiliaria, permitiendo los trabajos de dos autores acceder a esta afirmación: en concreto, FENET (69) y LOCRÉ (70) proceden a la publicación de este material.

Como señalaba al hacer referencia a la doctrina relativa al Edicto de 1771, GRENIER años más tarde de la publicación de la obra anteriormente referenciada y estando ya vigente el Código Civil, prepara su tratado de hipotecas (71). En el mismo enlaza con la postura mantenida en el anterior trabajo reconociendo las ventajas que se habían derivado del Edicto de 1771 y llamando la atención sobre las hipotecas ocultas que habían quedado subsistentes. La obra que se divide en dos partes, constituye, además de las discusiones habidas en el momento de la elaboración del contenido hipotecario del *Code*, el mejor instrumento para estudiar el régimen de publicidad previsto en el mismo. La primera tiene por objeto el estudio de las diferentes especies de hipotecas, sus formas de constitución, modificación y reducción, mientras que en la segunda expone los medios para purgar las hipotecas y los privilegios sobre bienes inmuebles, tanto en los casos de ventas voluntarias como en los de las expropiaciones. Del mismo modo, trata de las maneras por las que los privilegios y las hipotecas llegan a extinguirse, abstracción hecha de la purga.

Al poco tiempo de la publicación del Código Civil se inicia en Francia el debate en torno a la oportunidad o no de sujetar al requisito de la transcripción las transmisiones onerosas, que, como ya he señalado anteriormente, a diferencia de las previsiones de la Ley del año VII, el Código de 1804 había dejado libres de tal obligación. En efecto, en 1841 se pone en marcha en toda Francia una investigación en la que tanto el Tribunal Supremo como los demás Tribunales son consultados acerca de esta cuestión.

hiphotécaire restera toujours la partie la plus ardue du Code Civil. Car il remue les intérêts les plus nombreux et les plus graves, il met en conflit les droits les plus opposés et en même temps les plus dignes de faveur...» TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des anieles du Code, depuis et y compris le Titre de la vene. Des privilèges et hypothèques ou commentaire du Titre XVIII du Livre III du Code Civil*, 4 vols., 2.^a edición, París, 1835, I, pág. II.

(69) FENET, *Recueil...*, cit.

(70) LOCRÉ, *Procès-verbaux...*, cit.

El mismo LOCRÉ es el autor de la obra en la que se publican las discusiones no sólo del Código Civil del Consulado, sino también la de los Códigos de Comercio y de Derecho Penal. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes français...*, 8 vols., Bruselas, 1836, edición facsímil, Frankfurt am Main, 1990.

Sin embargo, dada la extensión de esta segunda publicación, para conocer la formación del Código Civil resulta más cómodo manejar la anterior obra dedicada exclusivamente a la legislación civil.

(71) GRENIER, *Traite des hypothèques*, 2 vols., Clermont-Ferrand, 1822.

Iniciados los trámites para la futura reforma se publican distintos trabajos en los que sus autores exponen su peculiar punto de vista: es el caso de HAUTHUILLE (72) y MARTIN DE NORD (73); de igual modo, las Facultades de Derecho realizan sus correspondientes informes acerca de la reforma que se pretende desarrollar (74). El interés del trabajo de MARTIN DE NORD radica en que es precisamente él quien, ocupando el Ministerio de Justicia, se dirige al Tribunal de Casación, a los Tribunales de Apelación y a las Facultades de Derecho en mayo de 1841 con el fin de poner en marcha el proceso que conduce finalmente a la Ley de 1855.

Fruto de toda esta actividad es la Ley de 23 de marzo de 1855 (75), texto que tuvo importantes repercusiones en la doctrina francesa de la época y como consecuencia de ello numerosas tesis se redactaron acerca de distintos aspectos de la misma. Entre los trabajos, con independencia de la tesis doctorales, en los que se aborda el análisis del texto de 1855 se encuentran los de VERDIER (76), BERGSON (77), MOURLON (78) y TROP LONG (79).

Por otra parte, se debe ser consciente que no basta el estudio de los textos legales si no se constata su aplicación práctica en los Tribunales. Aunque la jurisprudencia francesa es fácilmente localizable en los repertorios existentes, en materia hipotecaria se cuenta con la jurisprudencia recopilada por GUICHARD, aunque por el momento de su redacción no comprende la jurisprudencia posterior a la Ley de 1855 (80). Esta obra constituye, como el mismo autor manifiesta, un complemento a la exposición teórica que publica en torno a la legislación hipotecaria (81). Sigue un método similar al de la obra de GUYOT y de MERLIN porque a través de distintas voces a modo de diccionario procede a definir y a caracterizar cada uno de

(72) HAUTHUILLE, *De la révision du régime hypothécaire*, París, 1843.

(73) MARTIN DU NORD, *Documents relatifs au régime hypothécaires et aux reformes qui ont été proposés*, París, 1844.

(74) Se puede acceder a su contenido a través de la obra siguiente: *De la reforme hypothécaire. Observations par les Cours et les Facultes de Droit*, París, 1848.

(75) *Loi sur la transcription en matière hypothécaire*, 23-26 marzo de 1855, cit.

(76) F. VERDIER, *Transcription hypothécaire. Explication théorique et pratique de la Loi du 23 mars 1855*, París, 1865; 2.^a edición, París, 1881-1882.

(77) F. BERGSON, *Le régime foncier des états du nord de l'Europe dans ses rapports avec la loi française sur la transcription du 23 mars 1855*, París, 1858.

(78) MOURLON, *Traite théorique et pratique de la transcription et des innovations introduites par la loi du 23 mars 1855*, París, 1865.

(79) TROP LONG, *Commentaire de la loi du 25 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, París, 1860.

(80) A. C. GUICHARD, *Jurisprudence hypothécaire ou recueil alphabétique de questions et décisions sur les points...*, 4 vols., París, 1810-1813.

(81) GUICHARD, *Législation hypothécaire ou recueil méthodique et complet des lois, décrets impériaux, avis du Conseil d'Etat et instructions législatives sur le nouveau système hypothécaire*, 3 vols., París, 1810.

los términos que incluye en la selección, a la vez que comenta las principales resoluciones judiciales que sobre la cuestión habían pronunciado las diferentes Cortes.

Finalmente, me refiero a aquellas obras que tratan de la legislación francesa en relación a los textos hipotecarios extranjeros. El movimiento de reforma hipotecaria que se produce en Francia desde finales del siglo xvm y durante la primera mitad del xix no representa un hecho aislado; en la mayor parte de los países europeos se observa esta misma tendencia. Este fenómeno provoca una serie de mutuas influencias entre unas legislaciones y otras, circunstancia que mueve a algunos autores a estudiar de manera comparativa los diferentes textos legales en materia hipotecaria y, de manera paulatina, las distintas legislaciones se agrupan en sistemas: el romano de la clandestinidad inmobiliaria, el germánico o de la publicidad y el mixto o francés en el que se mantienen algunas excepciones al principio de publicidad. Localizar los distintos textos jurídicos que se elaboran y publican en estas fechas en las naciones europeas puede resultar de entrada complicado, dificultad que se solventa con el manejo de las obras de A. DE SAINT-JOSEPH (82). Este Juez en el Tribunal de Primera Instancia de París publica, en primer lugar, las concordancias entre el Código Civil francés con las principales legislaciones extranjeras siguiendo el método y la organización interna del Código con el fin de que el lector constate sin dificultad las diferencias, semejanzas y ventajas que reportan cada uno de los textos; al final de la primera parte publica algunas de las leyes hipotecarias extranjeras no incluidas en la concordancia: leyes de Suecia, Wurtemberg, Cantón de Ginebra, Cantón de Friburgo, Cantón de Saint-Gall y Grecia, y unos años más tarde saca a la luz otro trabajo con las concordancias con las leyes hipotecarias extranjeras y francesas (83).

Una de las primeras obras en las que se realiza un estudio comparativo de los textos hipotecarios europeos, agrupándolos en sistemas, es la publicada por el profesor de Ginebra PIERRE ODIER en 1849 (84). En el libro estudia los tres sistemas hipotecarios que a su juicio existen y en los que se aglutinan las principales legislaciones de la época, considerándolas desde el punto de vista de la publicidad y la especialidad: el sistema romano, el germánico y el francés.

(82) SAINT JOSEPH, *Concordance entre les Codes Civil étrangers et le Code Napoléon. Ouvrage contenant le texte des Codes... et les lois hypothécaires*, 2.^a edición, aumentada con la legislación civil de más de cuarenta países, obra terminada y publicada por A. DE SAINT JOSEPH, SU hijo, 4 vols., París, 1856.

(83) SAINT JOSEPH, *Concordances entre les lois hypothécaires étrangères et françaises. Ouvrage contenant les textes et resumes des lois hypothécaires des états suivants*, París, 1847.

(84) ODIER, *Des systèmes...*, cit.

TROPLONG publica a punto de mediar el siglo xix un estudio comparativo entre el régimen hipotecario de la Ley del año VII y otros códigos extranjeros sobre la misma materia, y comenta los artículos del Código presentando la redacción comparada de los distintos proyectos que se habían elaborado, las fuentes y la legislación extranjera que había influido en los redactores del Código (85).

Por último, en relación a los trabajos hipotecarios de Derecho comparado hago referencia a la obra de BESSON (86). Se trata de un autor citado con cierta frecuencia pero que de acuerdo con mi criterio le falta precisión cuando aborda las legislaciones extranjeras, no así en el momento de examinar el régimen francés. A diferencia de los autores de la primera mitad del siglo xix que agrupan las leyes y códigos hipotecarios en dos modelos, el germánico y el francés, aunque algunos se refieran también al modelo romano para incluir aquí las legislaciones que, influidas por la Recepción del Derecho romano, mantienen en la clandestinidad la situación de la propiedad de la tierra, BESSON divide las legislaciones extranjeras en los tres grupos siguientes: el grupo de textos que se derivan del sistema francés, el que sigue el sistema germánico y el grupo del Acta Torrens (87).

El Código Civil francés no sólo se reforma en materia hipotecaria en 1855; posteriormente tanto en los años finales del siglo pasado como en el siglo xx ha sido objeto de nuevas transformaciones. Desde el Decreto de 30 de octubre de 1935 la mayor parte de los derechos inmobiliarios debían ser transcritos; sin embargo, no todos, ciertos privilegios e hipotecas permanecían ocultos (88). Razón por la que en 1955 se hace imprescindible una nueva modificación del régimen hipotecario francés como consecuencia del incremento del número de operaciones inmobiliarias y de los préstamos hipotecarios. Estas últimas reformas quedan fuera de los límites de este trabajo; sin embargo, no puedo dejar de referirme a un breve artículo publicado por ESMEIN el mismo año de la reforma, donde se exponen de manera clara las principales novedades introducidas por la Ley de 1955 (89).

(85) TROPLONG, *Le Droit civil expliqué...*, cit.; *Commentaire des privilèges et hypothèques*, edición aumentada, Bruselas, 1844.

(86) E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, París, 1891.

(87) ODIER, SAINT JOSEPH, TROPLONG... no pueden tener en cuenta la legislación australiana porque ésta se implanta por ROBERT TORRENS en la colonia del sur de Australia con la Ley de 2 de julio de 1853, completada en 1861 y 1878, y que se extiende posteriormente a las restantes colonias australianas.

(88) Publicado en *GP*, 1935, II, pág. 1333.

(89) ESMEIN, «La réforme de la publicité foncière», *GP*, 1955, I, doctrina, págs. 30-43.

III. EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA DURANTE EL PERIODO FRANCO Y EN LOS SIGLOS MEDIEVALES

La idea de que la propiedad pueda transferirse por el mero consentimiento es desconocida en el Derecho franco, quien desee «abandonar» su propiedad debe manifestarlo públicamente a través de palabras, gestos o símbolos (90), hecho al que contribuye de manera fundamental la concepción familiar de la propiedad. En efecto, con el fin de que los actos transmisivos de la propiedad inmueble pudieran conocerse por los integrantes de la familia, quienes de esta manera podrían adoptar las medidas necesarias para la preservación de la integridad del patrimonio familiar, se exige el cumplimiento de una serie de actos públicos ante ciertos testigos.

Sin embargo, desde el siglo vi esta concepción familiar de la propiedad tiende a debilitarse a medida que se asume la concepción privada del derecho de la propiedad propia del Derecho romano. No obstante, esto no significa que la propiedad de carácter familiar desaparezca de modo radical; por el contrario, ocurre que algunas manifestaciones de esta concepción familiar se mantienen a lo largo de los siglos medievales. En los patrimonios de los individuos se diferencia entre los *biens propres*, procedentes de la familia, y los *biens acquêts*, adquiridos por los individuos y no heredados de la familia, de manera que sobre los primeros la familia conserva un derecho de protección con el fin de mantener su integridad. Entre las facultades que comprende este derecho de protección se encuentra el ejercicio del retracto, para cuyo ejercicio es necesario tener conocimiento de las transmisiones a título oneroso de los bienes de esta naturaleza y, precisamente, este conocimiento se puede alcanzar por medio de los distintos mecanismos de publicidad propios del Derecho germánico.

En efecto, en los siglos medievales, pese a que la concepción familiar de la propiedad tiende a desaparecer, sin embargo, incluso en relación a los bienes feudales desde el momento en que los señores feudales se muestran interesados en conservar los mecanismos de publicidad del período anterior no con la finalidad de proteger los patrimonios familiares, sino para defender y consolidar sus propios derechos y su posición de poder, este requisito de publicidad se mantiene en relación a los bienes feudales (*biens feodaux*) y a los no feudales, libres de toda dependencia señoral (*biens alleux*). En el supuesto de los bienes feudales se exige por parte del vasallo un acto de

(90) P. OURLIAC y J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et anden droit*, I. *Les obligations*, París, 1957; II. *Les biens*, París, 1961; III. *Le droit familial*, París, 1968 (2.^a edición, I y II, París, 1969, 1972), por la cita, II, págs. 317-319 (las referencias se hacen sobre la primera edición).

abandono de la propiedad realizado en presencia del señor (*dévest*) y consecutivamente un acto de investidura del nuevo adquirente también con la intervención del señor (*vest*). Esto permite que a continuación el nuevo titular del bien pudiera prestar el juramento y el homenaje al señor. La práctica de estos actos de publicidad salvaguardaban sobre todo los derechos del señor, que con su celebración podía ejercer el retracto sobre los bienes y percibir los derechos de transmisión. Estos actos no purgaban la propiedad de las anteriores cargas, tan sólo significaban que el transmitente gozaba de la apariencia de ser propietario, que él era el sujeto que disfrutaba de la *saisine*. La investidura permitía que esta *saisine* se transmitiera al nuevo propietario y, como consecuencia de ello, que pudiera ejercer las acciones posesorias y apropiarse de los frutos (91).

Sin embargo, paulatinamente el papel representado por el señor pierde importancia y cobra mayor protagonismo la intervención de las partes, sobre todo en relación a los bienes no feudales para los que la intervención señorial no es precisa. En el *Midi* las enajenaciones se constatan por los Notarios, ante quienes las partes declaran que la cosa se ha vendido y se ha entregado. En las regiones del Derecho consuetudinario la práctica es variable: en unas ocasiones, la transmisión de la *saisine* se opera ante cuatro propietarios de bienes no feudales, y en otras, ante el señor que actúa no como tal, sino como justicia. En relación a los bienes feudales, también los actos de publicidad van perdiendo relieve, pudiéndose hablar ya en el siglo xv de una «crisis de la investidura señorial» porque los propios señores se

(91) OURLIAC y MALAFOSSE, *Droit romain...*, cit., E, págs. 319-321.

La institución de la *saisine* constituye una categoría distinta de los conceptos de propiedad y de posesión del Derecho romano. Aunque da a quien la posee la apariencia de propietario, no es necesariamente una propiedad perpetua. Se puede considerar la *saisine* del Derecho franco como un derecho de propiedad más o menos limitado y como el hecho de la posesión. La propiedad es concebida, transmitida, prohibida, bajo la forma de una *saisine*. Entre la posesión romana y la *saisine* franca existen importantes diferencias: la *saisine* no afecta a los bienes muebles, lo contrario de lo que sucede con la posesión romana, pero sí a muchos derechos incorporales; en Roma la propiedad es normalmente también posesión, pero el derecho y el hecho pueden no coincidir, esto no ocurre con la *saisine*, en el Derecho franco el bien no puede cambiar de titular si no es por la transmisión de la *saisine*, como consecuencia de esto la propiedad es defendida y reivindicada como *saisine* y no se entiende en el Derecho franco la prescripción adquisitiva. G. LEPOINTE, *Droit romain et anden droit frangais (Biens)*, París, 1958, págs. 219-225; OURLIAC y MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, II, *Les biens*, 1.^a edición, París, 1961; 2.^a edición, puesta al día, París, 1971 (las citas se toman de la 2.^a edición), págs. 235-243, y A. PROST, «Étude sur le régime ancien de la propriété. La vestüre et la prise de ban á Metz», *RHD*, 1880, págs. 1-68; 301-376; 573-628; 701-750, por la cita, págs. 4-18.

Se puede decir por tanto que la *saisine* es, por una parte, la forma jurídica del derecho real y en consecuencia tiene *saisine* quien aparece como el realizador del derecho real a través del dominio efectivo de la cosa. Pero también ella misma es un derecho y por tanto transmisible y heredable.

desinteresan de la práctica de las antiguas costumbres y se preocupan tan sólo de la percepción de los derechos de transmisión (92).

Como consecuencia de este proceso se llega en la mayor parte de las regiones francesas al abandono de cualquier forma de publicidad en relación a las transmisiones de la propiedad inmueble. La investidura deviene facultativa y la mera tradición es suficiente. El único vestigio que queda de las antiguas prácticas es la inclusión de la llamada cláusula *dessaisine-saisine* en los documentos, sirviendo esta fórmula para probar, para constatar, que la tradición ha tenido lugar (93). Se llega así a la última fase de esta evolución en la que el mero consentimiento basta para que la cosa sea transmitida (94).

Por otra parte, hasta el siglo xni los bienes inmuebles no se pueden tomar por el acreedor como garantía de la deuda porque pertenecen al deudor y a su familia y, en ocasiones, se encuentran afectos a cargas feudales. Sin embargo, con el paso del tiempo los acreedores exigen la constitución de garantías inmobiliarias, lo que motiva la aparición de la denominada «obligación general», que sujeta al deudor y sus bienes, presentes y futuros, muebles e inmuebles, al cumplimiento de la obligación y a la «obligación especial», más ventajosa para el acreedor al que se le atribuye un bien específico como garantía. El acercamiento entre las obligaciones de Derecho consuetudinario francés y la hipoteca romana es cada vez más patente, lo que permite la plena recepción de ésta en las regiones de Derecho escrito y con ello la clandestinidad de las garantías reales sin transmisión (95).

En consecuencia, como conclusión de esta parte de la exposición, se puede afirmar que los mecanismos de publicidad del período franco se orientan, incluso cuando la propiedad familiar va perdiendo importancia en los siglos medievales, a la conservación de los patrimonios familiares porque el concepto de propiedad familiar no desaparece de un día para otro, sino que sufre un largo proceso conservándose durante el mismo la facultad de las familias de proteger el patrimonio del grupo y, en consecuencia, se

(92) OURLIAC y MALAFOSSE, *Droit romain...*, cit., II, págs. 321-322.

(93) De carácter general, sobre estas cláusulas véase J. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé a l'usage des étudiants en licence et en doctoret*, 1.^a edición, París, 1908; nueva edición, París, 1935, págs. 335 y sigs. Además, a través de un breve artículo publicado en 1956 se puede obtener también una idea clara del sentido y aparición de las mismas, aunque el trabajo se refiere a la región de Vaud: F. GELLIARD, «Les clauses de dessaisine-saisine dans le pays de Vaud du xni siècle au xv^e siècle», *Mém. Bourg.*, 18, 1956, págs. 71-81.

(94) OURLIAC y MALAFOSSE, *Droit romain...*, cit., II, pág. 324.

(95) Véase sobre el proceso de generalización de la hipoteca en el antiguo Derecho francés, F. E. DESSOUDEIX, *Les origines de l'hypothèque...*, cit., especialmente págs. 41-117, y POUSSART, *Origines...*, cit.

les reconoce el derecho de retracto, para cuyo ejercicio es necesario que los miembros de la comunidad familiar tengan conocimiento de toda transmisión onerosa de dichos bienes por medio de la práctica de ciertos mecanismos de publicidad.

, De esta forma, con anterioridad a la Revolución de 1789 en la mayor parte de Francia, salvo en las regiones del *nantissement* cuyo régimen expón-dré a continuación, la hipoteca es de clara inspiración romana y, por tanto, oculta y general porque los sucesivos intentos de reforma no prosperan. Se reconocen las hipotecas tácitas del Derecho romano y se crean otras nuevas, atribuyendo este carácter a todas las obligaciones personales contraídas ante Notario y a las sentencias condenatorias (96). La transmisión de la propiedad carece de cualquier tipo de solemnidad externa, entendiéndose que la transmisión se opera con el consentimiento, salvo en el caso de las donaciones en las que se requería para su validez la formalidad de la insinuación. Y además esta misma clandestinidad afecta a todas las demás cargas reales. Todo esto significa que no se establece condición alguna de publicidad para la propiedad inmueble.

IV. LAS TÉCNICAS DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA DEL NORTE Y DEL ESTE DE FRANCIA: EL *NANTISSEMENT* Y LA *APPROPRIANCE PAR BANNIES* (97)

A diferencia de lo que sucede en estas regiones francesas, en las que como se ha visto la publicidad lograda a través de la investidura termina por desaparecer y se generaliza un régimen de clandestinidad, en algunas zonas del norte y del este de Francia los mecanismos de publicidad inmobiliaria del Derecho franco se mantienen o se sustituyen por nuevas técnicas publicitarias que impiden la consolidación de la clandestinidad.

En el norte de Francia y en los Países Bajos, las costumbres de las regiones de *nantissement* exigen para que pueda existir transmisión de la propiedad el cumplimiento de un acto judicial destinado a otorgar la *saisine* al adquirente (98). El procedimiento para la transmisión de la propiedad es

(96) ODIER, *Des systèmes hypothécaires...*, cit., pág. 66.

(97) Antes de iniciar la lectura de este apartado véase la aclaración que en relación al régimen del *nantissement* y de *V appropriation par bannies* se realiza en la introducción al punto II de este mismo capítulo.

(98) BESNIER, *Le transfert de propriété...*, cit., pág. 196.

Según las concretas zonas estas formalidades reciben distintas denominaciones: *oeuvres de loi*, *nantissement*, *déshéritance-adhérítance*, *saisine-dessaisine*, *vest-de-vest...*, pero todas ellas hacen referencia a actos formales públicos de abandono de un derecho ante la autoridad judicial y la investidura de tal derecho en el nuevo adquirente.

relativamente sencillo. Las partes comparecen ante el Tribunal competente y declaran ante el mismo el contrato celebrado. A partir de entonces y de la misma manera que acontecía en época medieval el vendedor se desprende del bien y a continuación la autoridad judicial realiza la investidura del adquirente. Finalmente, la ceremonia concluye con su registro en los archivos judiciales (99).

¿Para qué actos sobre bienes inmuebles es preciso el cumplimiento de las formalidades de *nantissement*? En su origen eran más numerosos los actos que requerían la realización de estas formalidades para que se causaran los correspondientes efectos; sin embargo, poco a poco, algunos quedaron exentos de tal deber. De esta manera, de entre los actos transmisivos de la propiedad, las sucesiones, las donaciones por razón de matrimonio y las adquisiciones hechas en subasta, adjudicación o decreto, producen todos sus efectos sin necesidad de *nantissement* (100). En relación a los derechos reales tiene lugar este mismo efecto, de forma que aunque en un principio estas formalidades se exigen para todos los tipos de derechos reales, incluso la constitución de una servidumbre o de una hipoteca, sin embargo, el Edicto de junio del 1771 (101) y una Declaración de 23 de junio de 1772 (102) suprimen el requisito del *nantissement* para la constitución del derecho de hipoteca. Esta disposición significaba que a partir de su fecha en estas regiones las hipotecas se constituirían del mismo modo que en el resto de las regiones francesas, es decir, por actos celebrados ante Notarios o por Jueces, sin ninguna formalidad de publicidad. Esta Declaración se registró en el Parlamento de París, razón por la que se aplicó en las regiones de *nantissement* dependientes de este Parlamento (Vermandois, Reims, Amiens...), pero los Parlamentos de Flandes y de Artois rechazaron su registro (103) y en el Principado de Dombes se aplicó el Edicto, con la excepción de los artículos 35 y 36 (104). Por ello, en estas zonas la

Normalmente la expresión *oeuvres de loi* se emplea en los casos en los que la investidura se realiza ante un oficial señorial, mientras que cuando dicho acto se desarrolla ante un oficial real se utilizan las de *mainmise* o *main assise* o *mise de fait*. *Ibidem*.

(99) *Ibidem*, págs. 196-197.

(100) *Ibidem*, págs. 197-198.

(101) Artículo 35: «*Abrogeons l'usage des saisines et nantissement, pour acquérir hypothèque et préférence, dérogeant à cet effet à toutes coutumes et usages à ce contraires*».

(102) *Déclaration interprétative de l'article 35 de l'édit de juin 1771, et portant que les formalités de saisine, de mise de fait, de nantissement, et autres établies par quelques communes, ne seront pas nécessaires pour acquérir hypothèque sur les immeubles réels et fictifs*. Versailles, 23 de junio de 1772. AN.AD/II/18, doc. 53 (también en AN.K 871.2, doc. 51). Esta declaración se publica por GRENIER, *Commentaire sur l'édit...*, págs. 496-498.

(103) CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit...*, cit., pág. 156.

(104) *Lettres patentes du roi portant que l'édit du mois de juin 1771, qui a abrogé les Décrets volontaires, et les lettres patentes du 7 juillet suivant, seront exécutés dans*

publicidad del *nantissement*, en relación a las hipotecas, queda en vigor hasta la Ley de 19-27 de septiembre de 1790 que suprime dichas formalidades. En las regiones de *nantissement* dependientes del Parlamento de París la publicidad se mantendrá en relación a los demás actos sobre inmuebles, con la excepción de las hipotecas, también hasta 1790 (105).

Los efectos que se derivan de las formalidades del *nantissement* afectan a las partes y a los terceros. Entre las partes son indispensables para que la transmisión de la propiedad o la constitución de hipotecas y demás derechos reales sean válidos. En su defecto no existía ni transmisión de la propiedad ni derechos reales, aunque se conservaran las correspondientes acciones personales porque el contrato quedaba válido (106). Frente a terceros el cumplimiento de las formalidades era indispensable para que los actos sobre bienes inmuebles sujetos a estos requisitos pudieran ser oponibles a los mismos. De manera que, por ejemplo, entre dos adquirentes de un bien inmueble era preferible aquel que hubiera observado los requisitos del *nantissement*. Lo mismo acontecía en relación a los demás derechos reales. La consecuencia que se derivaba de este planteamiento era que las formalidades del *nantissement* purgaban el inmueble enajenado de todos los derechos anteriormente constituidos (107).

En la región de Bretaña existe otro mecanismo de publicidad inmobiliaria a través del que el adquirente puede estar seguro en el disfrute de su derecho tras haber quedado el bien inmueble purgado de las anteriores hipotecas y demás cargas. A este conjunto de formalidades se le conoce con el nombre de *appropriance par bannies* o *appropriement* (108).

En realidad se trata de un mecanismo dirigido a purgar las hipotecas existentes sobre un bien inmueble, pero que finalmente determina la publicidad de las transmisiones de dominio a título oneroso. Desde el siglo xiii son frecuentes los testimonios documentales de esta práctica que perdura hasta la Ley 11 Brumario año VII (109), porque el Decreto de 9 Mesidor

la province de Dombes, à Vexception des anieles XXXV et XXXVI dudit édit. Compiegne, 15 de agosto de 1772. AN.AD/II/18, doc. 54. Publicadas en GRENIER, *Commentaire sur Védit...*, cit., págs. 499-502.

(105) CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur Védit...*, cit., pág. 156.

(106) BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., págs. 32-33.

(107) En el trabajo citado anteriormente, págs. 33-35.

(108) En Bretaña con la expresión *appropriance* se recogen dos instituciones diferentes. Por una parte, se habla de *appropriance par longue tenue*, que no es otra cosa que la prescripción, a la que no me refiero en este momento. La otra institución es la *appropriance par bannies*. Esta segunda es la que constituye la técnica publicidad inmobiliaria que interesa a los efectos de este trabajo. Sobre estas dos figuras, y en concreto en relación a las diferencias existentes entre un tipo y otro de *appropriance*, véase PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., pág. 434.

(109) Artículo 56 de la Ley 11 Brumario año VII: «*Les deux lois de 9 Messidor an 3, sur le régime hypothécaire et sur les déclarations foncières, ensemble toutes les*

año III, pese a contemplar su desaparición quedó sin aplicación por las numerosas ocasiones en que se prorrogó su entrada en vigor (110) (este mecanismo de publicidad no se había incluido en la Ley de 19-27 de septiembre de 1790 que suprimió el *nantissement*) (111).

El procedimiento para la purga de las hipotecas constaba de diversas fases. Una vez que el adquirente había entrado en posesión del bien inmueble debía de dar a conocer a través de tres anuncios (*bannies*) el acto de la venta y la posesión del bien a la salida de la Misa mayor durante tres domingos consecutivos en la iglesia del territorio donde se encontraran sitos los bienes inmuebles (112). Durante los ocho días siguientes al último anuncio para el caso de los presentes y durante un año y un día para los ausentes, todas las personas que pretendieran tener algún derecho sobre el bien vendido debían de manifestar su derecho (*opposition*) (113). El procedimiento finalizaba con la expedición de una certificación por parte del Juez. Si no se había planteado discusión alguna por parte de terceros, ni ninguna hipoteca se había puesto de manifiesto, ni había tenido lugar ninguna pugna, el adquirente devenía en propietario inatacable. En consecuencia, como ya he señalado, el efecto que se producía con estas formalidades no era otro que el de purgar la nueva propiedad, tan sólo subsistían las rentas feudales (114).

Sólo los contratos de venta daban lugar a los anuncios públicos y, en consecuencia, a *l'appropriance*, aunque en ocasiones se sometiera a esta publicidad otros contratos como las donaciones, los cambios...; sin embar-

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

(110) Artículo 276 del Decreto 9 Mesidor año III: «*Toutes les lois, coutumes et usages observés antérieurement au présent décret, sur les hypothèques, lettres de ratification, appropriances, nantissement, oeuvres de loi, criées et ventes d'immeubles par décret forcé, ne seront plus applicables qu'aux hypothèques acquises et aux expropriations de biens volontaires ou forcées qui auront lieu avant le 1er nivôse prochain, sans que néanmoins les créanciers hypothécaires et privilèges puissent se dispenser de l'inscription de leurs titres, sous les peines portées en l'article 257.*

(111) PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., págs. 436-437.

(112) A través de un Edicto de agosto de 1626 se establece la insinuación del contrato con anterioridad a la toma de posesión. Este Edicto crea para la Bretaña unos registros especiales en los que se debía de insinuar todo acto de mutación, no pudiéndose realizar el primer anuncio sino transcurridos seis meses desde la insinuación, aunque el Parlamento de Bretaña redujo este plazo a tres meses. *Ibidem*, pág. 449.

(113) Los parientes que disfrutaban del derecho de retracto, los acreedores titulares de hipotecas sobre el inmueble, el verdadero propietario, si el bien no pertenecía al vendedor, y el vendedor mismo para obtener el pago del precio podían hacer presentes sus derechos. *Ibidem*, págs. 453-456.

(114) BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., pág. 36. Este procedimiento se explica con mayor detalle por PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., págs. 443-450.

go, los comentaristas de la Costumbre de Bretaña consideraban estas prácticas irregulares (115).

¿Cuál era la diferencia entre el anterior mecanismo de publicidad, el *nantissement* y *V appropriation* de Bretaña? En primer lugar, la técnica bretona constituía una formalidad posterior a la venta, mientras que las formalidades del *nantissement* debían cumplimentarse como requisito esencial para la transmisión, aunque en este aspecto el resultado en ambos casos era similar porque se consolidaba la propiedad del adquirente. Además, la segunda gran diferencia venía marcada por los diferentes tipos de actos sobre bienes inmuebles que quedaban sujetos a una y a otra forma de publicidad.

Tras la publicación del Edicto de 1771, que organiza un nuevo régimen de publicidad en Francia y que deroga las prácticas del *nantissement*, algunos autores consideran como un acierto el nuevo sistema porque entienden que la formalidad bretona tan sólo evitaba algunos de los inconvenientes de los decretos voluntarios que constituían el único mecanismo de publicidad entonces en vigor (116), pero no facilitaba la entrega del precio de la adquisición a poder de los acreedores, inconveniente al que se debía de añadir el perjuicio que se derivaba de las numerosas excepciones que existían sobre la obligación de realizar los anuncios públicos (117).

Finalmente, me refiero de manera breve a las técnicas de publicidad inmobiliaria que se desarrollan en Metz durante los siglos medievales y se conservan a lo largo del Antiguo Régimen. Dos medios más o menos sucesivos en el tiempo se emplean en la región de Metz para alcanzar este objetivo: la *vesture* y la *prise de ban*.

Hasta el siglo xm se encuentran testimonios de cómo las transmisiones de la propiedad se operaban en esta región a través de la *vesture*. Consistía esta formalidad en un acto público por el que la autoridad pública investía en la propiedad al adquirente. Representaba el momento a partir del cual corría el plazo de un año y un día necesario para adquirir la propiedad definitiva (118).

(115) *Ibidem*, págs. 439-440.

(116) En torno a los decretos voluntarios como técnica de publicidad inmobiliaria véase el siguiente punto en el que se abordan los distintos intentos de reforma del régimen de publicidad inmobiliaria en Francia durante el Antiguo Régimen. En este momento y con el fin de que se comprenda por qué razón los decretos voluntarios no favorecían la entrega del precio a los acreedores, tan sólo hago la siguiente precisión.

Este medio de publicidad resultaba excesivamente largo y costoso y por tanto transcurría demasiado tiempo hasta que quedaba efectivamente constatado el derecho del acreedor y por tanto se retrasaba el momento en que éste recibía el dinero dado como precio de la venta del bien para ver satisfecho su derecho. El propietario de un bien inmueble sobre el que pesaba algún tipo de derecho, una hipoteca, podía enajenarlo a un tercero, pero con el precio de la venta debía satisfacerse el derecho del acreedor si éste lo exigía para que de esta manera la propiedad del nuevo adquirente quedara libre de cualquier carga anterior a su derecho.

(117) GRÉNIER, *Commentaire sur l'édit...*, cit., págs. VI-VII.

(118) PROST, *Etude sur le régime...*, cit., págs. 18-68.

Pero desde el siglo xni aparece una nueva fórmula de publicidad, la *prise de ban*. De modo semejante al régimen visto para Bretaña, en Metz se realizan cuatro anuncios públicos a principios de año, por Pascua, a mediados de agosto y en Navidad, y cada anuncio era objeto de una inscripción en los registros del municipio. Con ocasión de cada *prise de ban*, los terceros interesados debían de hacer valer sus derechos y formalizar la correspondiente *opposition* para conservar sus derechos (119).

Paulatinamente estas formalidades tienden a desaparecer y tan sólo se practican en relación a los préstamos hipotecarios cuando a mediados del siglo xvn la región de Metz quedó sometida al Derecho hipotecario de París (120).

V. LOS MOVIMIENTOS DE REFORMA EN LOS SIGLOS XVI, XVII Y xvni

Durante el Antiguo Régimen en la mayor parte de Francia la propiedad inmueble permanece en la clandestinidad. La excepción a esta realidad la constituyen ciertas técnicas, que en el norte y en el este del país se conservan desde los siglos medievales, a través de las que tanto las transmisiones de dominio como otros derechos reales, entre ellos el derecho de hipoteca, se hacen públicos. De estos medios de publicidad inmobiliaria se derivan importantes ventajas que, junto a otros factores, mueven a la Corona a intentar la extensión de dichos mecanismos a todo el territorio. A este planteamiento responden las diferentes tentativas a través de las que desde el siglo xvi se busca dotar de publicidad a la propiedad inmueble, sin que ninguna de ellas alcance de verdad el objetivo deseado. En relación a este movimiento de reforma hay que prestar atención a la Ordenanza de 1551 (121) y a los Edictos de 1553 (122), 1581 (123), 1673 (124) y 1771 (125).

(119) *Ibidem*, págs. 301-376.

(120) BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., pág. 39.

(121) *Ordonnance qui porte règlement general pour les criées, ventes et adjudications de biens par décret*, Fontainebleau, 3 de septiembre de 1551. ISAMBERT, *Recueil...*, 13 (1546-1559), París, 1828, págs. 216-222.

(122) *Edit de création d'un greffier des insinuations en chaque bailliage, prévôté, etc.*, Saint-Germain-en-Laye, 3 de mayo de 1553. En la misma colección legislativa citada en la nota precedente, págs. 314-321.

(123) *Edit de création d'un bureau de contrôle des actes extra-judiciaires en chaque siège royal*, Blois, junio de 1581. *Ibidem*, 14 (2.^a parte mayo de 1574-agosto de 1589), París, junio 1829, págs. 493-499.

(124) *Edit portant établissement des greffes pour Venregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires*, Versailles, marzo de 1673. *Ibidem*, 19 (enero de 1672-mayo de 1686), París, 1829, págs. 73-83.

Atención porque este Edicto puede confundirse con otro de la misma fecha: *Edit portant règlement pour la conservation de V hypothèque des rentes constituées sur les domaines du roi*, Versailles, marzo de 1673. *Ibidem*, págs. 83-86.

(125) *Edit portant création de conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs, et abrogation des décrets volontaires*, Versailles, junio de 1771. AN.AD/

La conveniencia de evitar los fraudes y pleitos que se originan por la ocultación del estado de la propiedad inmueble, la necesidad de nuevos ingresos para la Hacienda y la constatación de las ventajas que se derivaban del sistema de publicidad del *nantissement* y de *l'appropriance par bannies* inclinan a la Corona y a los juristas a propiciar la reforma del régimen hipotecario desde el siglo xvi (126). Este movimiento permite la promulgación de distintos textos jurídicos que prevén mecanismos de variada naturaleza para hacer públicos algunos actos sobre bienes inmuebles.

La purga de las cargas existentes sobre la propiedad inmueble desempeñará una función importante en el desarrollo de la publicidad inmobiliaria en el Derecho francés, constituyendo la principal vía a través de la que se proporciona a los adquirentes seguridad jurídica en el disfrute de su nueva titularidad. A través de la formulación de *oppositions*, los titulares de derechos sobre el bien objeto de enajenación conservan sus derechos y la propiedad del nuevo adquirente queda purgada de todos aquellos que no se hayan dado a conocer. Se trata, en consecuencia, de un tipo de medida dirigida primordialmente a la protección de los terceros adquirentes.

El origen de esta práctica se encuentra en las ventas judiciales a las que desde antiguo se les reconoce el efecto de purgar las hipotecas y todos los derechos reales con excepción de los derechos señoriales (127). Tomando como base estos *décrets forces* (128) se arbitra un sistema de *décrets volontai-*

11/18, doc. 48 (también en AN.K/871.1, doc. 2). Publicado en ISAMBERT, *Recueil...*, 22 (1 enero 1737-10 mayo 1774), París, 1830, págs. 530-537.

(126) Con anterioridad al siglo xvi, las *Lettres de Henri touchant les rentes constituées sur les maisons et héritages á Paris* de 27 de mayo de 1424, promulgadas durante la dominación inglesa y destinadas únicamente a París, preveían además de la reconstrucción de los edificios parisinos, la publicidad de las hipotecas declarando a tal fin de obligado cumplimiento la práctica de las formalidades del *nantissement*.

Artículo 6: «*item. Et pour ce que par la très-grant et excessive change des rentes, hypothèques et autres charges réelles dont plusieurs desdites maisons et héritages situées et assises en notridicte ville, prevosté et viconté de Paris, ont esté ogargées le temps passé, se sont meuz plusieurs debas et procès, et aussi chez en ruyne lesdictes maisons et héritages: nous, pour eschever lesdictes ruynes et procès, et pourveoir ou temps á venir á ce que ung chacun puisse avoir certainté et vraie congnoissance desdictes charges et hypothèques, dont seront et pourront estre chargées lesdictes maisons et héritages, avons ordonné et ordonnons que doresenavant namptissement aura lieu ezdictes ville, prevosté et viconté de Paris, et que ezdiz lieux, hypothèques ne pourront estre constituez valablement, ne sortiront aucun effet, sinon du jour et date que ycellui namptissement aura esté fait*». ISAMBERT, *Recueil...*, cit., 8 (1401-1437), París, 1825, págs. 690-694.

Se debe de tener cuidado para no confundir esta norma con otra de la misma fecha: *Lettres de Henri concernant le privilège des bourgeois de Paris, relativement aux maisons vacantes ou en ruines, sur lesquelles ils ont des hypothèques*. En el mismo tomo de la Colección legislativa citada en la nota precedente, págs. 686-690.

(127) BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 14-18.

(128) Por *décret forcé* se entiende la adjudicación de propiedad pronunciada por

res para purgar las enajenaciones voluntarias cuyas formalidades eran muy similares a las exigidas para los primeros, resultando un procedimiento en exceso costoso por el número de actos que es necesario cumplimentar y por los plazos temporales establecidos (129). Es importante esta técnica de protección de los adquirentes porque hasta 1771 constituye el principal mecanismo de publicidad inmobiliaria, aunque ciertamente limitado a concretos actos y, como consecuencia de los inconvenientes señalados, de escasa aplicación práctica. Como ha señalado EDGAR BLUM, la técnica de las *oppositions*, con tanta tradición en el Derecho francés del Antiguo Régimen, representa el origen de la inscripción hipotecaria, porque a través de su cumplimiento el acreedor conserva sus derechos reales frente a cualquier propietario del bien inmueble (130).

Pese a las ventajas que podían derivarse de la práctica de los decretos voluntarios, lo cierto es que su práctica no se generalizó en la medida en que hubiera sido de desear. Los importantes gastos económicos que suponía el procedimiento motivó que tan sólo en los casos de transmisiones de grandes bienes inmuebles se acudiera a esta fórmula porque en los supuestos en los que el bien era de relativo escaso valor el precio de la venta se perdía con los gastos para la obtención del decreto (131).

Otra técnica a la que se recurre en Francia para alcanzar la publicidad inmobiliaria es la de la insinuación, que no se limita en exclusiva a las donaciones. En 1539 se establece, a imitación del Derecho romano, la formalidad de la insinuación como garantía para las familias contra las donaciones irrevocables (132) y, posteriormente, el cumplimiento de este

el Juez. El principal efecto que se derivaba de la misma era que el propietario devenía inatacable, por tanto protegido frente a toda causa de evicción. El adquirente se convertía en propietario sin que mediara el acto de la tradición y no se admitían *oppositions* de derechos una vez realizada la adjudicación judicial. BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., pág. 43.

(129) *Ordonnance qui porte règlement general pour les criées, ventes et adjudications de biens par décret*, Fontainebleau, 3 de septiembre de 1551, cit.

(130) BLUM, *Les essais...*, cit., pág. 33.

(131) BROHARD, *Observations...*, cit., págs. 6-7.

(132) *Ordonnance sur le fait de la justice*. Villers-Cotterets, agosto de 1539. ISAMBERT, *Recueil...*, cit., 12 (1514-1546), París, 1828, págs. 600-640.

Artículo 132: «Nous voulons que toutes donations qui seront faites ciaprès, par et entre nos subjects, soient insinuées et enregistrées en nos cours et jurisdictions ordinaires des parties, et des choses données, autrement seront réputées nuiles, et ne commenceront à avoir leur effect que du jour de ladite insinuation, et ce quant aux donations faites en la présence des donataires et par eux acceptées».

Artículo 133: «Et quant à celles qui seront faites en l'absence desdits donataires, les notaires, et stipulans pour eux, elles commenceront leur effet du temps qu'elles auront esté acceptées par lesdits donataires, en la présence des donateurs et des notaires, et insinuées comme dessus, autrement elles seront réputées nuiles, encores que par les lettres et instrumens d'icelles, y eust cause de rétention d'usufruit ou constitution de précaire, dont ne s'ensuit aucun effet, sinon depuis que lesdites acceptions ou insinuations auront esté faites comme dessus».

requisito se extiende a todos los actos traslativos de bienes inmuebles y a los constitutivos de hipoteca. La institución de la insinuación ejerce, como ya he señalado, una importante influencia en el proceso de configuración del sistema hipotecario francés porque constituye un importante mecanismo de publicidad para los terceros adquirentes.

Los primeros intentos de reforma, Edictos de 1553 y 1581, se encuentran inspirados por los medios de publicidad del *nantissement*, y por ello se intenta hacer público no sólo el derecho real de hipoteca, sino también las transmisiones de dominio por cualquier título. Sin embargo, en el siglo xvn acontece un retroceso en el régimen de la publicidad inmobiliaria y en lugar de ampliarse los actos sometidos a algún mecanismo de publicidad sucede a la inversa, y sólo se prevé que los derechos de hipoteca y de usufructo sean conocidos por todos. Su publicidad se pretende alcanzar a través de la creación de unos registros para las *oppositions* o declaraciones de derechos que con motivo de la venta realizan los acreedores hipotecarios y los titulares de derechos de usufructo con anterioridad a todo decreto de adjudicación voluntario o forzoso.

Finalmente, con el Edicto de 1771 se arbitra un nuevo régimen más sencillo para purgar las cargas reales existentes sobre los bienes objeto de transmisión (*lettres de ratification*) que deroga el de los decretos voluntarios.

La voluntad de la Monarquía de fomentar la publicidad inmobiliaria se acepta de buen grado en todos los grupos sociales. La Corona se encuentra interesada en establecer mecanismos de publicidad, además de por el interés general, por los ingresos hacendísticos que habría de obtener a través de los derechos establecidos para cada formalidad, por los impuestos devengados con ocasión de cada acto sobre la propiedad inmueble de lo que quedaría constancia a través de las diferentes vías de publicidad y por el precio de venta de los oficios creados como consecuencia de esta normativa. En cambio los Parlamentos, en el ejercicio del *droit d'enregistrement* de que disfrutaban, rechazan el registro de las ordenanzas y de los edictos reales al considerarlos atentatorios a la costumbre de las distintas regiones. Y la nobleza se opone a que se conozca el verdadero estado de su propiedad inmueble ante el temor de encontrar dificultades para la obtención de crédito.

1. LA PUBLICIDAD DE LAS TRANSMISIONES DE DOMINIO Y DEL DERECHO
DE HIPOTECA: LOS EDICTOS DE 1553 Y 1581

En 1553 Enrique II, teniendo conocimiento de las ventajas que en las regiones del *nantissement* se derivan de las formalidades exigidas para la adquisición de los derechos reales, crea unos registros de insinuaciones de todos los actos *inter vivos* y *mortis causa* adquisitivos del derecho de

propiedad o constitutivos del derecho de hipoteca (133). Es decir, este Edicto somete al requisito de la insinuación todos los contratos de venta, cambio, donación, cesión, constitución de rentas... y, en general, cualquier disposición *inter vivos* o de última voluntad constitutiva del derecho de propiedad o del derecho de hipoteca. Sólo quedan exentos de tal obligación aquellos contratos cuyo importe no alcance la cifra de 50 *livres tournois* (art. 1) y las hipotecas legales y judiciales (arts. 2 y 18). La fecha de insinuación determina el momento en que los actos jurídicos señalados comienzan a causar sus efectos, aunque con carácter retroactivo al día de celebración del contrato, tanto en relación a terceros adquirentes como por lo que concierne a los acreedores hipotecarios (art. 1). Además, el Edicto de 1553 fija para todo vendedor la obligación de declarar las cargas reales constituidas sobre el bien inmueble objeto de venta (art. 17).

El Edicto de 1553 se dicta para la totalidad del Reino, con excepción de aquellos lugares en los que, de acuerdo con el Derecho en vigor, en la fecha del Edicto ya se exigía el cumplimiento de mecanismos de publicidad para la adquisición del derecho de propiedad y del de hipoteca (art. 18), es decir, en las regiones donde se observaban las formalidades del *nantissement*.

Aunque llegaron a crearse algunos registros de insinuaciones, lo cierto es que esta disposición no llega a aplicarse de manera generalizada y los contados registros que se constituyen van desapareciendo paulatinamente, quedando finalmente suprimidos a través de una Ordenanza de enero de 1560 que deroga el Edicto de 1553 (134).

Un nuevo intento de alcanzar la publicidad de los derechos reales toma cuerpo en 1581 (135). Con una expresa finalidad fiscal, el Edicto de junio de 1581 aspira a implantar un sistema de control obligatorio de todos los actos extrajudiciales, *inter vivos* y *mortis causa*, adquisitivos de derechos de propiedad y de hipoteca. Con este registro se intentan evitar las dificultades que la Hacienda pública tenía que afrontar para la percepción de los derechos hacendísticos, porque en numerosas ocasiones las expectativas del Erario se veían frustradas por la clandestinidad en la que se perfeccionaban los actos sujetos a tributación, lo que motivaba un tardío conocimiento de los mismos. Esto obligaba a la búsqueda de la existencia de estos actos por los distintos archivos notariales de las villas y lugares de sus dominios para poder hacer efectivo el cobro de los derechos.

(133) *Edit de création d'un greffier des insinuations en chaque bailliage, prévôté, etc.*, Saint-Germain-en-Laye, 3 de mayo de 1553, cit.

(134) Sobre la resistencia del Parlamento de París a la publicación del Edicto de 1553 y su deficiente aplicación, véase BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 42-48.

(135) *Edit de création d'un bureau de controle des actes extra-judiciaires en chaque siège royal*, Blois, junio de 1581, cit.

A diferencia del Edicto de 1553 con el que se pretendía en primer lugar la publicidad de los actos traslativos de la propiedad y de las hipotecas, éste de 1581 es una norma de eminente carácter fiscal cuya finalidad principal es facilitar la recaudación del llamado *droit de contrôle* (136), impuesto que a partir de 1581 se exige para todos los actos perfeccionados ante Notarios mediante el registro que de dichos actos se realice en la oficina que se crea con tal finalidad (137).

Pese a las críticas realizadas desde algún sector alegándose la destrucción del secreto de los negocios privados, el Edicto se puso en ejecución aunque en la práctica apenas si se observó, quedando finalmente derogado en 1588 (138).

Como señalo, este Edicto responde a una manifiesta finalidad fiscal aunque de manera residual se pretendiera hacer público el estado de la propiedad inmueble. Sin embargo, la confusión entre una institución de naturaleza civil y otra de carácter fiscal impide, o al menos dificulta, el normal funcionamiento de un registro que permita la publicidad de los actos sobre los bienes inmuebles, porque si el hecho del registro se vincula a la percepción de un impuesto, como ocurre en este caso del Edicto de 1581, los titulares de derechos susceptibles de publicidad deseando evitar el pago de nuevas cargas tributarias prefieren prescindir de los posibles beneficios que podrían obtener de la publicidad inmobiliaria y por ello evitan el registro de los actos inmobiliarios.

(136) Este nuevo impuesto tiene su origen en distintos derechos feudales (*lods et ventes, quint en requint, relief, rachat*) que los campesinos debían de satisfacer con ocasión de las transmisiones de las tierras concedidas en distintos regímenes por los señores.

(137) El objeto de este derecho se va ampliando progresivamente y a finales del Antiguo Régimen afecta a todas las transacciones jurídicas. Este *droit de contrôle* constituye junto al derecho de insinuación establecido en 1539 y al *centième denier*, creado en 1703; los derechos de registro que percibe la Monarquía en el Antiguo Régimen. C. SPINOSI, «Une institution fiscale d'avenir: du centième denier au droit d'enregistrement», *RHD*, 1959, págs. 541-599; 1960, págs. 58-82, por la cita, 1959, págs. 542-543.

Estos tres derechos, una vez que triunfa la Revolución, se refunden en uno solo bajo el nombre genérico de *Droits d'enregistrement. Décret relatif au droit d'enregistrement des actes civils et judiciaires, et des titres de propriétés*, 5-19 de diciembre de 1790. DUVERGIER, *Collection...*, cit., 2, París, 1824, págs. 80-94.

(138) BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 48-49.

2. EL RETROCESO DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA Y LA APARICIÓN
DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD HIPOTECARIA EN 1673

En Francia en el siglo xvn se intenta hacer pública el estado de la propiedad inmueble a través de una técnica desconocida en la mayor parte del territorio francés, pero empleada en las regiones donde se mantenía un régimen de publicidad inmobiliaria.

A diferencia de los mecanismos previstos en el Edicto de 1553 y en el de 1581 en los que se procede al registro de los actos traslativos de la propiedad, bien *inter vivos*, bien *monis causa*, y de los constitutivos del derecho de hipoteca, a partir de este momento, como consecuencia de la influencia de la *appropriance* bretona, se pretende la creación de unos registros para la inscripción de las declaraciones de derechos (*oppositions*) hechas por los acreedores hipotecarios con ocasión de la transmisión del bien que constituye su garantía (139).

En 1673 el ministro de Luis XIV, COLBERT, plantea un nuevo proyecto de publicidad inmobiliaria (140), al que creo que se le debe de formular una

(139) Este mecanismo de publicidad a través de las declaraciones de derechos no es una novedad absoluta en 1673 porque cuenta con algunos antecedentes anteriores. En 1609 no se conserva el texto de la disposición real, se preveía la creación de unos registros de hipotecas en los que debía de quedar constancia de las declaraciones formuladas por los acreedores hipotecarios con ocasión de la transmisión del bien sobre el que se había constituido su garantía (*ibidem*, págs. 50-51). Con una finalidad semejante en 1654 un nuevo Edicto prevé la creación de cuatro conservadurías de hipotecas. Sin embargo, de nuevo la finalidad fiscal que origina el texto legal impide que se haga público al menos una parte del estado de la propiedad inmueble (BLUM procede a la publicación del texto de este Edicto, págs. 54-57).

(140) *Edit portant établissement des greffes pour V enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires*, Versailles, marzo de 1673, cit.

De la misma fecha existe otro Edicto por el que se crean los oficios de conservadores de hipotecas de las rentas constituidas sobre bienes reales (*Edit portant reglement pour la conservation de Vhypothèque des rentes constituées sur les domaines du roi*, Versailles, marzo de 1673, cit.). Las rentas constituidas por el Rey eran consideradas como bienes inmuebles y por tanto podían ser objeto de hipoteca. El titular del nuevo oficio tenía como función recibir las declaraciones de derechos que los poseedores de tales hipotecas realizasen con ocasión de la transmisión de una renta real. Esta disposición legal tiene como finalidad el fomento del tráfico comercial de las rentas reales. Para quienes pretendan derechos sobre las rentas se establece la obligación de formalizar las correspondientes declaraciones ante el conservador del Registro y los nuevos titulares de dichas rentas quedan obligadas a tomar las llamadas *lettres de ratification* selladas con ocasión de la adquisición de las rentas. Si antes del sellado de dichas *lettres de ratification* no se formaliza ninguna *opposition* de derecho, tras la obtención de las *lettres* las rentas quedan purgadas de cualquier derecho o hipoteca anterior y el nuevo titular deviene inatacable. Por el contrario, la formalización de alguna declaración permite a quien la realiza la conservación de su derecho frente al vendedor y al adquirente de la renta. Con anterioridad a esta reforma las rentas reales, del mismo modo que sucedía con los demás bienes inmuebles, podían purgarse con el costoso procedimiento de los decretos de adjudicación voluntarios o forzosos. BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 60-63.

crítica fundamental: esta disposición supone un retroceso si se compara con los Edictos de 1553 y 1581 porque mientras que en las anteriores ocasiones se intentan hacer públicas algunas hipotecas y la inmensa mayoría de las transmisiones de dominio este texto legal sume de nuevo en la clandestinidad los actos traslativos de la propiedad, de manera que tan sólo ciertas hipotecas y los derechos de usufructo se hacen públicos a través de la técnica de las declaraciones de derechos.

Como aspecto que podía haber sido positivo en el caso de haber prosperado hay que señalar que el Edicto de 1673, a diferencia de los anteriores, intenta establecer un único régimen de publicidad de las hipotecas para todo el territorio francés derogando con esta finalidad las prácticas del *nantissement*, para la adquisición de hipotecas y para la fijación de la preferencia entre ellas (art. 71).

Evidentemente era preciso unificar el régimen de publicidad en Francia, pero no por lo menos sino por lo más. Es decir, si en las regiones donde se conservaban las formalidades del *nantissement* éstas se exigían no sólo para la constitución de las hipotecas y para la fijación de la preferencia entre las mismas, sino también para las transmisiones de dominio, lo normal, o al menos lo más conveniente, hubiera sido extender a toda Francia este régimen por completo y no sólo limitado a las hipotecas y a los usufructos.

Este Edicto organiza la publicidad de las hipotecas y de los usufructos a través de la creación de unos registros destinados a la inscripción de las declaraciones de derechos realizadas por los acreedores hipotecarios y los titulares de usufructos con anterioridad a toda adjudicación de propiedad (arts. 1 y 69). Dos efectos se derivaban de la formulación e inscripción de estas declaraciones: en primer lugar, permitían la conservación de los derechos de hipoteca y de usufructo con independencia de la transmisión de los bienes a terceros, y en segundo lugar, determinaban la preferencia entre los distintos derechos de hipoteca, de manera que los acreedores hipotecarios que habían hecho públicos sus derechos ocupaban una posición privilegiada para el cobro frente a aquellos que habían omitido tal formalidad (arts. 1, 21 y 34). Por otra parte, el Edicto atribuye efectos retroactivos a la inscripción de la declaración de derechos, reconociéndose efectos a la misma desde la fecha del acto constitutivo de hipoteca (art. 23).

La declaración del derecho debía comprender la expresión de las cantidades o derechos por los que se formulaba (art. 13) y los concretos bienes que estaban sujetos como garantía (art. 15). Sin embargo, esta especialidad de las hipotecas resultaba insuficiente desde el momento en que el Edicto mantenía la existencia de ciertas hipotecas generales y, además, por deudas indeterminadas. De cualquier forma, el Edicto de COLBERT constituye la primera ocasión en la que en el Derecho francés se empieza a delimitar los

contornos del principio de especialidad hipotecaria y de preferencia sobre la base del registro.

En principio, todos los privilegios e hipotecas quedaban sujetos al cumplimiento de estas formalidades, con excepción de aquellos pertenecientes a acreedores de rentas inferiores a 50 libras. Sin embargo, este planteamiento inicial se frustra por las numerosas excepciones previstas, sobre todo en relación a las hipotecas legales o tácitas (arts. 55 y ss.).

Otra cuestión debe de reprocharse al texto de COLBERT. De nuevo se pretende obtener a través de la publicidad inmobiliaria ciertos ingresos para el Erario público. En esta ocasión y a diferencia de lo previsto en el Edicto de 1581, no es con la percepción de derechos con ocasión del registro de los actos sujetos a publicidad, sino con la venta de los oficios que se crean (141).

De nuevo este proyecto de establecer un régimen de publicidad inmobiliaria queda en mero intento cuando al año siguiente, como consecuencia de las presiones ejercidas por el propio Parlamento, se deroga el Edicto de 1673 (142).

La derogación del Edicto de 1673 supone el retorno a la clandestinidad y la generalidad de la propiedad inmobiliaria, sin que los decretos voluntarios previstos en el Edicto de 1551 y la insinuación exigida para las donaciones mitigaran los inconvenientes que se causaban. Desde 1674, y hasta la publicación del próximo texto en materia de publicidad inmobiliaria fechado en 1771, se elaboran distintos proyectos que han sido estudiados básicamente por BLUM, a cuyo trabajo me remito (143).

(141) *Ibidem*, pág. 69.

El régimen jurídico en Francia de las ventas de oficios públicos se contiene básicamente en el Edicto 12 de diciembre de 1604 (conocido como de Charles Paulet, quien fue el financiero que lo inspiró). Sobre el régimen de la enajenación de oficios públicos en Francia véase fundamentalmente FEBVRE, «La vénalité des offices», *AHES*, 1948; GOEHRING, «La vénalité des charges sous l'Ancien Régime», *AHES*, 1939; GOUBERT, «La vénalité des offices», *AHES*, 1953; KÜBLER, *L'origine de la perpétuité des offices royaux*, 1958; R. MOUSNIER, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 1.^a edición, París, 1945 (2.^a edición, París, 1971); PAGES, «La vénalité des offices dans l'ancienne France», *Revue Historique*, 169, 1932.

(142) *Edit du roi, portant suppression des greffes d'enregistrement des oppositions pour conserver la préférence aux hypothèques*, Versailles, abril de 1674. Se publica en GRENIER, *Commentaire sur l'edit...*, cit., págs. 541-542.

En torno a las posibles causas que motivaron su derogación véase BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 73-77, y BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., págs. 55-56.

(143) BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 78-107.

3. LA EXTENSIÓN DEL REQUISITO DE LA INSINUACIÓN
PARA TODAS LAS TRANSMISIONES DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Ya he señalado cómo en 1539 se establece como requisito de validez de todas las donaciones su insinuación (144). Esta previsión se renueva en 1566 (145) y es objeto de sucesivas nuevas regulaciones en 1645 (146), 1690 (147), 1703 (148) y 1731 (149).

(144) *Ordonnance sur le fait de la justice*, Villers-Cotterets, agosto de 1539, cit.

(145) *Ordonnance sur la reforme de la justice*, Moulins, febrero de 1566. Art. 58: «Et pour oster á V avenir toutes occasions de fraudes et de doutes qui pourroient estre mués entre nos sujets pour V insinuation des donations qui seront ci-après faites, avons ordonné que d'oresnavant toutes donations faites entre-vifs, mutuelles, reciproques, onéureses, en faveur de mariage et autres, de quelque forme et qualité qu'elles soient faites entre-vifs, comme dit est, seront insinuées es greffes de nos sièges ordinaires de l'assiette des choses données, et de la demeure des parties dans quatre mois, à compter du jour et date d'icelles donations, pour le regar des biens et personnes, et dans six mois, pour ceux ci seront hors de nostre royaume. Autrement et á faute de la dite insinuation, seront et demeureront lesdites donations nuiles et de nul effet et valeur, tant en faveur du créancier que de V héritier du donnant. Et si dedans ledit temps ledit donnant ou donataire décédoit, pourra néanmoins ladite insinuation estre faite dans ledit temps, á compter du jour dudit contrat comme dessus, sans que cette présente ordonnance fasse aucun préjudice aux donations ci-devant faites, et droits acquis á no sujets á cause d'icelles, ni aux instances mués et á mouvoir pour ce regar». ISAMBERT, *Recueil...*, cit. 14 (1.^a parte, julio de 1559-mayo de 1574), París, 1829, págs. 189-212.

Esta disposición se complementa con *Déclaration sur les ordonnances d'Orleans et de Moulins d'après les remontrances du Parlement de Paris*, París, 10 de julio de 1566. *Ibidem*, págs. 213-217.

(146) *Edit portant que tous actes, contrats et testaments portant donations, seront insinués dans les quatre mois de leur áate...*, París, mayo de 1645. *Ibidem*, 17 (14 de mayo de 1643-19 de agosto de 1661), págs. 51-52.

(147) *Déclaration sur les arts. 57 et 58 de l'ordonnance de février 1566, sur la publication et V enregistrement des substitutions, et l'insinuation des donations*, Versailles, 17 de noviembre de 1690. *Ibidem*, 20 (junio de 1687-1 de septiembre de 1715), París, 1830, págs. 113-114.

(148) *Edit contenant régleme sur les insinuations laïques, suivi du tarif áes drotis*, Versailles, diciembre de 1703. *Ibidem*, págs. 438-441. (La publicación que ISAMBERT hace de este Edicto es defectuosa, motivo por el que es mejor su consulta en NERÓN y GIRARD, *Recueil d'édits et d'ordonnances royaux sur le fait de la justice et autres matières*, París, 1720, II, págs. 336-338).

Este Edicto se completa con una Declaración de 19 de julio de 1704. BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire áe la publicté...*, cit., págs. 62-65 y 80-81.

(149) *Ordonnance sur les donations*, Versailles, febrero de 1731. ISAMBERT, *Recueil...*, cit., 21 (1 de septiembre de 1715-1 de enero de 1737), París, 1830, págs. 343-354.

Art. 19: «Les donations faites dans les contrats de mariage en ligne airéete, ne seront pas sujettes á la formalité de V insinuation».

Art. 20: «Toutes les autres donations, même les donations remunérations ou mutuelles, quand même elles seroient entiérement égales, ou celles qui seroient faites á la charge de services et de fondations, seront insinuées suivant la disposition des ordonnances, á peine de nulité».

En relación a la publicidad inmobiliaria interesa especialmente el Edicto de 1703. Las demás normas regulan la insinuación de las donaciones, es decir, la publicidad de esta forma de transmisión de la propiedad, mientras que el Edicto de 1703 va más allá porque prevé a través de esta técnica la publicidad de otras transmisiones inmobiliarias. Sin embargo, a este proyecto de publicidad inmobiliaria se le debe formular la misma crítica que la realizada al Edicto de COLBERT de 1673: ambos textos prevén la publicidad, pero no en conjunto la de las transmisiones de la propiedad y las de las hipotecas y demás derechos sobre bienes inmuebles, porque el Edicto de 1673 sólo exigía la publicidad en relación a las hipotecas y usufructos, y el de 1703 sólo para las mutaciones de propiedad por negocios *inter vivos* y *mortis causa*.

De nuevo esta norma tiene un marcado carácter fiscal por los ingresos que se preveía obtener a través de la creación de nuevos oficios y con la percepción de las correspondientes tasas de inscripción. El Edicto implanta un impuesto, denominado *centième denier*, sobre todas las transmisiones orales o escritas de propiedad o de disfrute de bienes inmuebles, con la excepción de las sucesiones en línea directa y las donaciones por razón de matrimonio (150); consistía, como su nombre indica, en la centésima parte de la cuantía del acto celebrado.

La sanción fiscal prevista para los casos en los que se omitiera la insinuación en el plazo fijado consistía en una multa equivalente al triple del derecho. Sin embargo, no se preveía ningún tipo de pena civil por el incumplimiento de la insinuación. De esta laguna, que denota claramente la finalidad fiscal del Edicto, se deriva que este texto no consiga dotar de publicidad ni siquiera a las transmisiones inmobiliarias.

Art. 21: «*Ladite peine de nullité ri aura pas lieu néanmoins á l'égard des dons mobiles, augments, contreaugments, engagements, droits de rétention, agencements, gains de nocces et de survie, dans les pays ou ils sont en usage; á l'égard de toutes lesquelles stipulations ou conventions, á quelque somme ou valeur qu'elles puissent monter, notre déclaration du 25 juin 1729 sera exécutée suivant sa forme et teneur*».

Art. 22: «*L'exception portée par l'article précédent et par la dite déclaration, aura pareillement lieu á l'égard des donations des choses mibiliaires, quand elle n'excederont pas la somme de mille livres una fois payée*».

(150) SPINOSI, *Une institution fiscale...*, cit., pág. 543.

Sobre esta imposición y los demás derechos de Registro véase *Commentaire sur le tarif du controle des actes et de l'insinuation du 29 septembre 1722 et sur les droits de centième denier avec observations critiques sur un ouvrage qui a paru en 1737 sous le titre d' instructions générales aux commis, préposés pour la perception des droits, supprimé para arrêt du Conseil du 17 mars 1738*, Avignon, 1756; CONTRAMONT, *Commentaire sur les tarifs du controle des actes et de l'insinuation du 29 septembre 1722 suivant de la Jurisprudence du Conseil dans lequel on traite également ce qui relatif au droit de centième denier avec les principaux réglemens et différents arrêts intervenus au Conseil sur des matières avec table alphabétique*; E. LEROY, *Des droits de mutations á Rome et de nos jours*, tesis, París, 1881; M. PERRIN, *Origine, caracteres et distinction des droits d'actes et de mutations en matière d'enregistrement*, tesis, Grenoble, 1901; P. DE SAINT JACOB, «La propriété du xvñf siècle: une source méconnue: le contróle des actes et le centième denier», *AHES*, abril-junio 1946, págs. 163 y sigs.

4. LAS «LETTRES DE RATIFICATION» PREVISTAS EN EL EDICTO DE 1771
COMO TÉCNICA DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

A finales del siglo xvm y pese a las diferentes tentativas que había habido, lo cierto es que los adquirentes de bienes tan sólo disponían de la fórmula prevista en el Edicto de 1551 (decretos voluntarios) como medio de purgar su propiedad de las anteriores cargas, y los acreedores carecían de mecanismo alguno que les permitiera estar seguros de no ver defraudados sus derechos por la existencia de otros acreedores anteriores. El Edicto de 1771 se dirige a sustituir el procedimiento, costoso y largo, de los decretos voluntarios por otro más sencillo que proporcione seguridad a aquel que adquiere un bien inmueble (151).

Para la gran mayoría de los autores el sistema de publicidad inmobiliaria establecido en este Edicto de 1771 es el más perfecto y el de mejor calidad técnica de todos los que se intentan establecer durante el Antiguo Régimen (152). En este sentido, se argumenta que con independencia del Edicto

(151) *Edit de juin 1771 portant création des conservateurs des hypothèques sur des immeubles réels et fictifs et abrogation des décrets volontaires*, Versailles, junio de 1771, cit.

El origen del nuevo régimen para purgar las hipotecas se encuentra en un Edicto, también del año 1673 al que ya se ha hecho referencia, en el que se introduce por primera vez este sistema para purgar las hipotecas existentes sobre las rentas constituidas en los dominios del Rey (*Edit portant règlement pour la conservation de l'hypothèque des rentes constituées sur les domaines du roi*, cit.). Por este Edicto, COLBERT crea cuatro conservadores de hipotecas sobre las rentas reales ante los que los acreedores de propietarios de estas rentas debían de formalizar sus declaraciones. Con esto sus derechos se conservaban intactos durante un año. A la vez, los adquirentes de rentas quedaban obligados con ocasión de cada mutación a tomar sobre sus contratos unas *lettres de ratification* selladas por la Chancillería. Con anterioridad al sellado de estos documentos, el conservador de hipotecas debía de verificar en sus Registros si no existía alguna *opposition* hecha sobre las rentas vendidas. Si efectivamente no constaba ninguna sellaba la *lettre de ratification*, haciendo constar tal circunstancia y la renta vendida quedaba purgada de todos los derechos e hipotecas anteriores y su adquirente devenía inatacable. En caso contrario, en la *lettre de ratification* indicaba el nombre del que había formulado la declaración y la cuantía del derecho.

Estos conservadores de hipotecas sobre las rentas reales desaparecen con la Ley de 18-29 de diciembre de 1790 y la de 11 Brumario año VII BAFFAUUE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit, págs. 68-70.

Como ya he señalado anteriormente, no se debe confundir este Edicto de marzo de 1673 con el otro texto de 1673 cuyo contenido ya he analizado en el punto anterior. El Edicto referido a las hipotecas sobre rentas reales crea cuatro conservadores de las hipotecas constituidas sobre las rentas del Rey (del Estado) y organiza por primera vez el sistema de las *lettres de ratification* como medida de protección de las ventas de dichas rentas. Mientras que el otro Edicto, revocado en abril de 1674, creaba en cada circunscripción una conservaduría para las hipotecas de los particulares.

(152) Juristas de la época como GRENIER (*Commentaire sur l'édit...*, cit.), BROHARD (*Observations...*, cit.) o SAINTE-FOY (*Questions sur l'édit...*, cit.) valoran muy positiva-

de 1551, que en teoría estuvo en vigor durante casi dos siglos aunque en la práctica en contadas ocasiones se promovió el otorgamiento de los decretos voluntarios, el texto de 1771 fue la norma legal con un mayor período de vigencia, en teoría hasta el Decreto 9 Mesidor año III (153), y en la práctica hasta la Ley de Brumario del año VII. Por otra parte, porque se le ha considerado como el proyecto de publicidad más perfecto del Antiguo Régimen, aunque a mi juicio, pese a la escasa aplicación práctica que tuvo, resultaba mucho más completo el régimen previsto en el Edicto de 1553 porque sometía a publicidad todas las transmisiones inmobiliarias y gran parte de los derechos de hipoteca, otorgando mayor protección a los compradores y a los acreedores.

Ciertamente, la publicación y entrada en vigor de este texto tuvo importantes repercusiones en el seno de la doctrina jurídica de la época, que incluso perduran a principios del siglo *xix* cuando se inicia la discusión del contenido hipotecario del futuro Código Civil francés porque, precisamente, algunos de los miembros del Consejo de Estado (154) se inclinan por la conservación del régimen de 1771 (155).

mente el nuevo origen de publicidad, sin perjuicio de las numerosas dudas que su aplicación plantea y que ellos intentan resolver a través de sus obras.

(153) Artículo 277: «*Les conservateurs des hypothèques, gardes des sceaux et greffiers expéditionnaires des lettres de ratification, établis par l'édit de juin 1771 et la déclaration du 24 novembre suivant, continueront, pour les expropriations antérieures audit jour le nivôse prochain seulement, d'exercer leurs fonctions jusqu'au 1^{er} germinal suivant, passé lequel délai elles sont et demeurent supprimées*».

(154) El Consejo de Estado se crea por el artículo 52 de la Constitución de 22 Frimario año VIII (13 de diciembre de 1799) y encuentra su origen en el Consejo del Rey del Antiguo Régimen (art. 52: «*Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*»).

Este nuevo órgano ostenta una doble competencia: administrativa y contenciosa. En el ejercicio de la primera contribuye a la redacción de los textos legales más importantes, se justifica de esta manera la importante labor desempeñada con ocasión de la preparación de los cinco grandes Códigos napoleónicos (Código Civil, Penal, de Procedimiento Civil, de Instrucción Criminal y de Comercio). Y en el ejercicio de la segunda es competente en los litigios administrativos.

En torno al Consejo de Estado francés, desde una óptica histórica, véase: J. BOURDON, *Napoleón au Conseil d'Etat. Notes et procès-verbaux inédits de J.-G. Locré, secrétaire general du Conseil d'Etat*, París, 1963; Ch. DURAND, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien*, Aix-en-Provence, 1945, y París, 1949; J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, 1.^a edición, París, 1951; 4.^a edición, París, 1989, págs. 561-563; M. LETOURNEUR, J. BAUCHET y J. MERIC, *Le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs*, París, 1970, págs. 9-40; Y. ROBINEAU y D. TRUCHET, *Le Conseil d'Etat*, col. Que sais-je?, 1.^a edición, París, 1994, págs. 5-21; B. STIRN, *Le Conseil d'Etat. Son rôle, sa jurisprudence*, París, 1991, págs. 11-12.

(155) Como se desprende de la lectura de la discusión habida en el Consejo sobre esta materia y que se publica en LOCRE, *Procès-verbaux...*, cit., IV, págs. 284 y sigs. También en FENET, *Recueil...*, cit., 15, págs. 223 y sigs.

El mecanismo que se establece para purgar las hipotecas es el mismo que el previsto en 1673 para las hipotecas sobre las rentas reales (156). Con el nuevo régimen se pretende proteger a los adquirentes de bienes, que disponen a partir de entonces de un mecanismo más rápido y más cómodo que el de los decretos voluntarios para convertirse en propietarios inatacables una vez que su nueva propiedad queda purgada de las anteriores cargas no declaradas (157), y a los vendedores que no tienen que esperar tanto tiempo, como sucedía con la práctica de los decretos voluntarios, para la percepción del precio del bien enajenado. Sin embargo, los acreedores hipotecarios continúan desprotegidos porque no disponen de ninguna vía directa para conservar sus derechos y dependen de la voluntad de los adquirentes si deciden solicitar las *lettres de ratification* para poder asegurar sus derechos a través de las declaraciones.

El otorgamiento de las *lettres de ratification* supone respecto de los acreedores hipotecarios negligentes que sus derechos se extingan y, simultáneamente, por lo que respecta a los adquirentes, que la nueva propiedad

(156) El procedimiento, aunque menos complicado que el previsto en el caso de los decretos voluntarios, tampoco puede decirse que fuera sencillo. Con ocasión de cualquier transmisión de la propiedad de un bien inmueble, el adquirente, si quería purgar de hipotecas su nueva propiedad (art. 6), debía tomar las correspondientes *lettres de ratification*.

El proceso se iniciaba con el depósito del contrato en el Registro de la circunscripción donde se encontrara situado el bien. El encargado durante los tres días siguientes exponía en un tablero un extracto de dicho contrato de manera que pudiera ser conocido por todos (art. 8). En este resumen quedaba constancia tanto de la transmisión de la propiedad como de las condiciones de la cuantía del acto. Este extracto permanecía expuesto durante el plazo de dos meses, período en el cual no cabía el otorgamiento de ninguna *lettre de ratification*.

Durante este plazo todo acreedor del vendedor podía presentarse y pujar por el bien (art. 9). Y por otra parte, los acreedores con privilegio o hipoteca podían conservar sus derechos formalizando sus declaraciones antes de la venta o al menos durante los dos meses en los que estaba expuesto públicamente el extracto del contrato (art. 15). El efecto de las *oppositions* subsistía durante tres años, pudiendo los acreedores renovarlas al cabo de los mismos o con anterioridad a la extinción del plazo. Estas declaraciones eran recibidas y anotadas por los conservadores de hipotecas.

Transcurridos los dos meses, si no había sobrepuja por parte de cualquier acreedor, el conservador de hipotecas redactaba las *lettres de ratification* y antes de presentarlas para su sellado expresaba en el documento las declaraciones que se hubieran formulado (arts. 26 y 27). Finalmente, desde el momento del sellado de las *lettres*, el bien se encontraba definitivamente en poder de su adquirente, libre de toda carga hipotecaria que no hubiera sido manifestada a través de la *opposition*.

(157) Aunque el Edicto no dice nada, los autores entienden, por lo general, que afecta tanto a las adquisiciones a título oneroso como a las gratuitas, pese a que alguna jurisprudencia entendió que las *lettres de ratification* tan sólo podían ser concedidas en relación a las transmisiones onerosas. CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur Védit...*, cit., pág. 23.

quede purgada de todos los derechos hipotecarios no manifestados públicamente en el plazo establecido (art. 7).

¿Cuáles son las novedades más interesantes que se introducen en el texto de 1771? En primer lugar, se suprimen las prácticas del *nantissement* o *saisines* (158) para la adquisición del derecho de hipoteca y para la determinación de la preferencia entre los diferentes derechos hipotecarios (arts. 35 y 36) (159); se deroga el uso de los decretos voluntarios como técnica de publicidad inmobiliaria, sustituyendo este procedimiento por el de las *lettres de ratification* (art. 37); se crea el oficio de conservador de hipotecas encargado de registrar todas las declaraciones que se formulen con motivo de la transmisión de la propiedad con anterioridad al sellado de las *lettres de ratification* (art. 2); se establecen unos nuevos derechos tributarios a satisfacer por los beneficiados del sistema, que se fijan en la tarifa anexa al Edicto (160); a diferencia del Edicto de 1673, la obtención de las *lettres de ratification* es voluntaria para el adquirente, con lo que se da un paso importante para la separación de la institución civil del registro y la fiscal de la tributación por la realización de ciertos actos sobre los bienes inmuebles.

A través del Edicto de junio de 1771 se protegen mejor los intereses de los adquirentes de bienes inmuebles, pero no los de los acreedores. Los adquirentes se benefician porque se les proporciona un medio más sencillo para conocer las hipotecas, que gravan los bienes que adquieren, que el previsto con los decretos voluntarios. De esta manera podían satisfacer el pago de la venta sin temor a verse inquietados en la nueva propiedad por la existencia de hipotecas desconocidas. En cambio, los acreedores se encuentran desprotegidos porque tan sólo se les da la posibilidad de defender sus derechos a través de la técnica de las declaraciones de derechos una vez

(158) Con este nombre se conocían en la parte meridional de Francia las mismas formalidades que en el norte y en el oeste se denominan *nantissement*. Ocurre, sin embargo, que la utilización de la expresión *saisine* para referirse a tales formalidades tiende a desaparecer porque, como ya ha quedado expuesto, en el sur de Francia estos mecanismos de publicidad desaparecen definitivamente con la Recepción del Derecho romano.

(159) Ni el Parlamento de Flandes ni el Consejo provincial de Artois registran el Edicto y por tanto en las zonas dependientes de los mismos la práctica del *nantissement* se mantiene. Por otra parte, este texto legal tampoco se aplica en Bretaña y esto permite la conservación de la *appropriance par bannies* hasta la Ley del año VII. Y en el Principado de Dombes se registra, con la excepción de los artículos 35 y 36 (*Lettres patentes du roi portant que l'édit du mois de juin 1771, qui a abrogé les Décrets volontaires, et les lettres patentes du 7 juillet suivant, seront exécutés dans la province de Dombes, à l'exception des anieles XXXV et XXXVI dudit édit*, Compiègne, 15 de agosto de 1772, cit.). CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit...*, cit., págs. 155-156.

(160) *Tarif des droits qui se percevront pour la conservation des hypothèques sur les rentes constituées par les particuliers et sur leurs immeubles et de ceux qui seront levés sur les lettres de ratification qui purgeront ces hypothèques*, 2 de junio de 1771. Publicada en BROHARD, *Observations...*, cit., págs. 235-242.

que se ha expuesto el contrato de transmisión, por lo que no disponen de un mecanismo más seguro para la protección de sus derechos (161). Además, el hecho de realizar en primer lugar la declaración del derecho no concede al acreedor diligente ningún tipo de privilegio frente a los demás acreedores porque la preferencia entre los derechos hipotecarios se determina por la fecha del contrato y no por el momento de su publicidad.

El Edicto procede a la creación de una serie de nuevos oficios en cada circunscripción (*bailliages* y *sénéchaussées*). Cada cancillería consta de tres oficiales: conservador de hipotecas, guardasellos y escribano, constituyéndose esta cancillería con el único cometido de formalizar las *lettres de ratification*.

El Edicto afecta a los bienes inmuebles, reales y ficticios, que son objeto de transmisión, pero ¿qué se debe de entender por bienes inmuebles ficticios? En este concepto se incluían los derechos reales (162), por tanto, se podían purgar las hipotecas constituidas sobre los derechos reales.

¿Qué reacciones provocó este nuevo intento de publicidad inmobiliaria en los diferentes Parlamentos?

El Edicto de 1771 se registró sin dificultades en el Parlamento de París. Sin embargo, no ocurrió de la misma manera en el resto de los Parlamentos de provincia y la mayor parte de ellos remitieron observaciones sobre algunos aspectos del mismo; además, como ya he apuntado, los Parlamentos de Flandes y Artois se niegan á su registro, y en otras partes se registra, bien con el contenido inicial, bien con ciertas modificaciones (163).

Como ha clasificado EDGAR BLUM, las quejas de los Parlamentos se pueden agrupar en dos grandes categorías: aquellas que hacen referencia al contenido mismo del Edicto, y aquellas otras que constatan los concretos problemas que su aplicación plantea en la jurisdicción de cada Parlamento.

Las primeras tenían como objetivo cuestionar el régimen de publicidad inmobiliaria alegándose la ruina de los comerciantes a lo que conduciría la publicidad del estado de la propiedad inmueble; se reprocha también que se atiende tan sólo al interés de los adquirentes y se olvida él de los acreedores; asimismo se llama la atención sobre la desprotección de los menores, incapaces, mujeres bajo la potestad del marido a quienes no se dispensa de la obligación de formular *oppositions* (art. 17)

(161) El Edicto de 1771 tan sólo permite las *oppositions* dirigidas a conservar el dinero de la venta para ser empleado en el pago de los acreedores que han puesto de manifiesto su derecho. *Ibidem*, págs. 11-12.

(162) CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit...*, cit., pág. 27.

(163) Véanse las concretas circunstancias por las que atraviesa el Edicto en los diferentes Parlamentos en GRENNER, *Commentaire sur l'édit...*, cit., págs. 449-454, y BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 143-147.

y, sobre todo, se critica este intento de publicidad por suponer un nuevo aumento de la carga fiscal (164).

En cuanto a los argumentos referidos especialmente a la aplicación del Edicto en cada una de las regiones, en términos generales se referían a la imposibilidad de aplicar el Edicto atendiendo sobre todo a consideraciones económicas de cada zona o a cuestiones relacionadas con el Derecho aplicable en cada territorio. Así, los Parlamentos de las regiones donde el Derecho romano tenía gran trascendencia alegaban que la hipoteca sólo podía extinguirse, sin mediar consentimiento del acreedor, por la prescripción. De lo que concluían que la institución de la purga era desconocida en estas regiones y, en consecuencia, no podía aplicarse en dichos territorios. Otros, como era el caso del Parlamento de Bretaña y los de las regiones del *nantissement*, recordaban los peculiares métodos de purga existentes en sus derechos que hacían innecesario el nuevo régimen previsto por el legislador (165).

Como colofón a esta exposición de las diferentes tentativas que durante los siglos xvi, xvii y xvm pretenden hacer públicos algunos actos sobre los bienes inmuebles, y antes de abordar el tratamiento que el legislador revolucionario prevé para estas materias, creo conveniente realizar una breve síntesis de estos distintos intentos.

De los cinco planes de reforma (1553, 1581, 1673, 1703 y 1771) considero que el más perfecto, pese a que nunca se le ha reconocido tal virtualidad, fue el establecido en el Edicto de 1553. Dos hechos me inclinan a realizar esta afirmación. En primer lugar, se somete al mismo régimen de publicidad las transmisiones, *inter vivos* y *monis causa*, y una parte importante de las hipotecas. Y con la insinuación y posterior inscripción quedan protegidos los adquirentes, los vendedores y los acreedores porque en los registros constatarían todos estos actos sobre la propiedad inmueble, aunque cierto es que restarían aún una importante laguna porque las hipotecas legales y judiciales permanecían en la clandestinidad. De esta manera, se favorecía el desarrollo del mercado inmobiliario y en el crediticio y, además, es el único Edicto que se elabora sin una finalidad fiscal.

De acuerdo con las previsiones del texto de 1581 también debían de someterse a publicidad las transmisiones *mortis causa* e *inter vivos* y las hipotecas voluntarias, de manera que con el nuevo registro los adquirentes de bienes, los acreedores y los vendedores obtenían seguridad jurídica. Sin embargo, la creación del *droit de contrôle*—dificulta que se acuda al registro a inscribir porque se intenta evitar el pago del impuesto. Por este carácter fiscal que tiene el texto legal es preferible el intento por alcanzar la publicidad de 1553.

(164) *Ibidem*, págs. 132-135.

(165) *Ibidem*, págs. 135-141.

En 1673 se restringe de manera importante los actos sometidos a publicidad, las transmisiones inmobiliarias permanecen en la clandestinidad y sólo para ciertos derechos hipotecarios y los usufructos se exige el cumplimiento de alguna formalidad que permita dar a conocer estos derechos sobre los bienes inmuebles. No sólo este hecho hace desmerecer el Edicto de 1673 en relación con el de 1553. Además, el mecanismo que se utiliza sólo sirve para beneficiar a los adquirentes, pero no a los acreedores porque éstos sólo pueden defender sus derechos en el momento mismo en que tiene lugar una transmisión, pero carecen de un mecanismo independiente del hecho de la transmisión que les permita por su propia iniciativa asegurar sus derechos. El régimen previsto provoca que si son negligentes o simplemente desconocen la transmisión que se va a realizar pierdan sus derechos. Además, de igual manera que el texto de 1581, el proyecto de COLBERT responde a una clara finalidad fiscal. Sin embargo, pese a estos aspectos negativos debe ser valorado positivamente en relación a dos cuestiones. Por una parte, representa la primera vez que en Francia se delimita el principio de especialidad hipotecaria, y por otra, se establece que la inscripción determine la preferencia entre los distintos derechos hipotecarios con efectos retroactivos a la fecha del contrato.

Con el Edicto de 1703, a diferencia del anterior, se pretende hacer públicas las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*, pero, en cambio, se deja en la clandestinidad todos los demás derechos inmobiliarios. Y, además, continuando con la tradición instaurada en 1581, su elaboración responde a motivos fiscales.

Finalmente, ¿qué se puede decir del Edicto de 1771? De entrada hay que valorar de manera positiva la intención de simplificar el mecanismo de purga de los decretos voluntarios. Sin embargo, esto no es suficiente para hacer público el estado de la propiedad inmueble porque aunque se protege a los adquirentes, que pueden purgar más fácilmente la nueva propiedad, los acreedores, del mismo modo que ocurrían con las previsiones de 1673, carecen de una vía independiente del hecho de la venta para poder proteger sus derechos. Además, su indefensión es aún mayor porque la toma de las *lettres de ratification* por parte de los adquirentes tiene carácter voluntario y, por tanto, si éstos no deciden solicitarlas los acreedores carecen de vía alguna para la protección de sus derechos. Y finalmente, de nuevo hay que criticar este texto legal por la confusión que se establece entre la institución civil del registro, de la publicidad inmobiliaria y la figura fiscal de cobro de un impuesto.

VI. EL SISTEMA HIPOTECARIO DEL PERIODO INTERMEDIO (1789-1804)

Inmediatamente después del triunfo de la Revolución se retoma la idea de la reforma hipotecaria y se elaboran dos textos legislativos que, sin embargo, por distintos motivos tampoco supusieron el definitivo sometimiento de la propiedad inmueble a los principios de publicidad y especialidad. El texto publicado en 1795 además de no consagrar adecuadamente estos principios nunca llegó a entrar en vigor porque su aplicación se fue retrasando en sucesivas ocasiones (166) hasta que se preparó la Ley de 1798 (167), y ésta no tuvo tiempo de alcanzar los frutos previstos porque con ocasión de la redacción del Código Civil se modificó de nuevo el sistema hipotecario, pese al adecuado régimen de publicidad previsto en la Ley del año VII.

Los legisladores revolucionarios suprimen por su carácter feudal la práctica del *nantissement* y la de las *appropriances par bannies*, durante la Convención se elabora la extensa Ley de 1795 que suprime las hipotecas tácitas o legales e introduce las cédulas hipotecarias o hipotecas sobre uno mismo y, finalmente, con la reforma hipotecaria del año VII, bajo el Directorio, se exige la transcripción de todos los actos traslativos de la propiedad, se establece un nuevo sistema de purga de las hipotecas, se declara que las hipotecas convencionales deben de ser expresamente estipuladas por las partes, se exige la especialidad de las hipotecas y se admiten de nuevo las hipotecas legales, aunque se prevé su inscripción de manera que dejan de ser tácitas convirtiéndose en expresas.

1. LA SUCESIÓN DEL «NANTISSEMENT» Y LA ADAPTACIÓN DEL EDICTO DE 1771 A LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Con ocasión de los *Cahiers de doléances* de 1789 se formulan algunas reclamaciones respecto del Edicto de 1771: en algunos de ellos se solicita su supresión y en otros la petición se limita a proponer su reforma mejo-

(166) *Décret contenant le Code Hypothécaire*, 9 Mesidor año III (=27 de junio de 1795), AN.AD/II/36, doc. 10. Publicado en DUVERGIER, *Collection des rapport...*, cit., 8, París, 1825, págs. 189-214.

Recuérdese que su ejecución se suspendió por las Leyes de 22 de octubre de 1795 (30 Vendimiario año IV), 17 de diciembre de 1795 (26 Frimario año IV), 9 de marzo de 1796 (19 Ventoso año IV), 29 de mayo de 1796 (10 Pradial año IV), 11 de agosto de 1796 (24 Termidor año IV) y 19 de octubre de 1796 (28 Vendimiario año V).

(167) *Loi sur le régime hypothécaire*. 11 Brumario año VII (=1 de noviembre de 1798), cit.

rando el procedimiento de publicidad de las enajenaciones, pero no existe un movimiento dirigido a reformar el régimen hipotecario desde nuevos planteamientos (168). Hay que esperar a la legislación revolucionaria para observar ciertos cambios en esta tendencia (169).

Distintos proyectos se presentan a las primeras asambleas revolucionarias (Asamblea Constituyente y Asamblea Legislativa) para extender a toda Francia los principios de publicidad y especialidad de la propiedad inmueble. No obstante, en un primer momento, los revolucionarios se limitan a suprimir las formalidades del *nantissement*, en atención al origen feudal de las mismas, sustituyéndolas por la transcripción de todos los contratos de transmisión de la propiedad o de hipoteca en los registros de los Tribunales del distrito (170), y a transferir a estos mismos Tribunales el sellado de las *lettres de ratification* establecidas por el Edicto de 1771 (171).

(168) BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 199-200.

(169) En este sentido, BUISSON señala acertadamente cómo en el momento siguiente al triunfo revolucionario se da una circunstancia que facilita la reforma hipotecaria: los Parlamentos, que tanta insistencia había opuesto a la modificación del régimen de publicidad, se suprimen. BUISSON, *La publicité...*, cit., pág. 19.

Los Parlamentos no sólo se manifestaron hostiles a las reformas hipotecarias, sino, en general, a cualquier tipo de modificación de la estructura del Antiguo Régimen. Esta actitud inquietaba a los constituyentes y por ello a través de una Ley de 3 de noviembre de 1789 se suprimen los antiguos Parlamentos. GODECHOT, *Les institutions de la France...*, cit., pág. 144.

(170) Ley de 19-27 de septiembre de 1790.

(171) *Décret concernant les conservateurs des hypothèques, les greffiers expéditionnaires, et l'exercice des chancelleries établies près les tribunaux de district, pour le sceau des lettres de ratification*, 27 de enero-4 de febrero de 1791. AN.AD/II/36, doc. 3. Publicado en DUVERGIER, *Collection...*, cit., 2, París, 1824, págs. 211-212.

Las medidas contenidas en este texto se adoptan después de haber escuchado la Asamblea Nacional el 24 de diciembre de 1790 el informe hecho por MERLIN en nombre del Comité de Constitución sobre las cancelerías de hipotecas y de insinuaciones. Este informe versaba sobre los inconvenientes que se derivaban de la nueva organización judicial y de la administración de hipotecas que se recogía en el *Décret contenant l'organisation de l'ordre judiciaire et qui traite de la suppression des anciens officiers et tribunaux*, 6-7 de septiembre de 1790.

Los problemas se planteaban en relación a la administración hipotecaria porque los Oficios de hipotecas y de escribano expedicionario de las *lettres de ratification* se habían creado en 1771 con el carácter de hereditarios y así se habían configurado en la mayor parte de los lugares y, como consecuencia de la nueva organización judicial, algunos de ellos desaparecían y esto provocaba las quejas de sus titulares. AN.AD/II/36, doc. 2.

Los dos artículos del texto que ocasionaban el problema eran los artículos 22 y 23. Art. 22: «Quant aux chancelleries creées par l'édit du mois de juin 1771, près les sièges royaux, il en sera provisoirement établi une près chacun des tribunaux de district à l'effet de sceller les lettres de ratification pour tout son ressort».

Art. 23: «En conséquence, lorsque dans le ressort d'un tribunal de district, il ne se trouvera qu'une desdites chancelleries, elle sera transférée près ce tribunal. S'il s'en trouve plusieurs, le plus ancien des conservateurs des hypothèques et le plus ancien des

Por tanto, en un primer momento, no se suspende la vigencia del Edicto de 1771 que continúa en vigor hasta la entrada de la Ley de 1798 porque, aunque en teoría el texto de 1795 sustituye el régimen previsto en 1771, lo cierto es que, como este texto no llega a estar en aplicación, la técnica de las *lettres de ratification* perdura hasta la Ley del año VII.

Todo esto provoca que en este período existan distintos regímenes de publicidad inmobiliaria en las regiones donde anteriormente se encontraban en vigor las formalidades del *nantissement* y en el resto de Francia. En las primeras se establece desde 1791 como técnica de publicidad inmobiliaria la transcripción de los contratos, de los transmisivos de la propiedad y de los constitutivos de hipoteca, en los registros de los Tribunales de distrito; mientras que en el resto del territorio se mantiene el régimen establecido en el Edicto de 1771, con la única variante consistente en que a partir de entonces las *lettres de ratification* deben ser selladas por los Tribunales de distrito.

Entre los proyectos que se proponen a la Asamblea constituyente para reformar el régimen de publicidad inmobiliaria se encuentra el presentado el 4 de enero de 1791 por el ciudadano MENGIST (172) y el preparado por los *Comités des contributions et de constitution* (173). El plan de hipoteca que propone MENGIST se divide en tres leyes. La primera tiene como objeto procurar la estimación completa y auténtica de los bienes inmuebles; la segunda, determina las hipotecas existentes sobre cada propiedad a través de la vía de las declaraciones; y la tercera establecer un nuevo orden de prelación a los créditos. El segundo trabajo citado, dividido en seis partes, fijaba los medios a través de los que se podía adquirir hipoteca, los mecanismos proporcionados a los adquirentes para la purga de las hipotecas existentes sobre sus nuevas propiedades, los medios para asegurar la liquidación de los acreedores, el régimen de las declaraciones de derechos y la organización de la oficina de hipotecas.

Pese al interés que despertaron estos trabajos quedaron abandonados porque la Asamblea Constituyente no tuvo tiempo de discutirlos. Esto conduce a que la Asamblea legislativa retome esta tarea aunque sin obtener resultados inmediatos. El principal trabajo de esta Asamblea es el elaborado por uno de sus miembros. VEIRIEU, quien prepara un Proyecto de reforma hipotecaria (174).

greffiers expeditionnaires, eront préférence admis á V exercice de la chancellerie qui sera établie prés le tribunal de district. Dans l'un et l'autre cas, l'office de garde des sceaux sera, en vertu du présent décret et sans qu'il soit besoin de provisions ni se commissions particulières, exercé gratuitement, à tour de role et suivant l'ordre du tableau, par les juges du tribunal de district, le tout sauf á statuer par la suite ce qu' il appartiendra pour le département de París, et sans rien innover á l'égard des anciens ressorts des cours supérieures, quin'ont pas en registre l'édit du mois de juin 1771».

(172) MENGIST, *Nouveau plan d'hypothèque*. AN.AD/II/36 b, doc. 1.

(173) AN.AD/II/36, doc. 5.

(174) VEIRIEU, «Projet d'un Code hypothécaire», publicado en *Collection générale des rapport...*, cit., I, págs. 118-143.

2. LA HOMOGENEIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA A TRAVÉS
DE LA LEY 9 MESIDOR AÑO III Y LA LEY 11 BRUMARIO AÑO VII

La Convención mantiene la idea de reformar el régimen hipotecario tanto en su aspecto civil como en el fiscal tomando como punto de partida los trabajos anteriores de MENGIN y de VEIRIEU. El resultado es el Decreto de 27 de junio de 1795 (9 Mesidor año III) que, como ya he señalado en más de una ocasión, no llega a entrar en vigor, y el Decreto de la misma fecha sobre las declaraciones inmobiliarias (175). Las reformas pretendidas por la Convención son sometidas a profundas críticas lo que provoca que bajo el Directorio de manera paulatina se vaya actuando contra la legislación de la etapa anterior. Finalmente, la Ley de 11 Brumario año VII supone el definitivo abandono del régimen del año III y la consagración de los principios de publicidad y especialidad aunque, como habrá ocasión de constatar, por muy poco tiempo y limitados a las hipotecas, a algunos privilegios y a las transmisiones inmobiliarias.

A) *El caótico y contradictorio régimen de la Ley 9 Mesidor año III: su inaplicación*

La principal finalidad del texto de 1795 es el desarrollo del crédito inmobiliario proporcionando a los acreedores una garantía segura sobre los bienes de sus deudores (176). Objetivo que se pretende conseguir a través de la máxima movilización del suelo con la fórmula de las cédulas hipotecarias. Sin embargo, el resultado es una Ley compleja que introduce numerosas novedades en relación con el régimen entonces en vigor y con importantes lagunas y contradicciones que dan pie a numerosas críticas que, en última instancia, impedirán su entrada en aplicación.

Sus redactores deseaban fomentar el crédito hipotecario; sin embargo, organizan un deficiente sistema, incapaz de potenciar el cumplimiento de esta finalidad: establecen la publicidad y la especialidad de las hipotecas de manera defectuosa e insuficiente y mantienen en la clandestinidad las transmisiones de la propiedad porque con las declaraciones inmobiliarias que se exigen es impensable considerar que se pudiera dotar de publicidad las transmisiones inmobiliarias.

En la sesión del 14 de septiembre de 1792 del Comité de legislación encargado de la elaboración del Código francés, VEIRIEU defiende su proyecto señalando las ventajas que del mismo se van a derivar para la agricultura, el comercio, la industria, las finanzas... (El informe de VEIRIEU, *ibidem*, págs. 1-118, y su discusión, págs. 143-149).

(175) *Décret sur les déclarations foncières*, 9 Mesidor año III (27 de junio de 1795). DUVERGIER, *Collection...*, cit., 8, París, 1825, págs. 214-219.

(176) SAGNAC, *La législation civile...*, cit., pág. 206.

En principio, la publicidad hipotecaria recibe un importante impulso con la supresión de las hipotecas legales o tácitas (arts. 3 y 17), aunque, curiosamente, esta novedad constituya una de las principales críticas que se le realizan porque se entiende que los menores, las mujeres y los incapaces, a favor de quienes hasta ese momento se habían reconocido la mayor parte de las hipotecas tácitas, quedan desprotegidos.

Como estoy señalando, de entrada parece que se consagra la publicidad de las hipotecas porque para su constitución se exige la correspondiente inscripción (arts. 3 y 19); sin embargo, este planteamiento inicial se matiza de manera incomprensible a través de otras previsiones.

De acuerdo con el artículo 25 las hipotecas pueden inscribirse en cualquier distrito con independencia de que en el mismo deudor posea alguna propiedad; como consecuencia de ello, ¿de qué manera puede un futuro comprador o un acreedor comprobar las hipotecas que existen sobre el bien que desea adquirir o que se le ofrece como garantía? Para estar seguros de este extremo y decidirse a comprar o a otorgar el préstamo sin temor a ver defraudadas sus expectativas tendrían que acudir a todos los Registros de todas las circunscripciones del territorio francés para realizar la correspondiente comprobación. Evidentemente, se trata de una labor impracticable, de lo que se deriva que la Ley del año III no proporciona en este aspecto ninguna seguridad a compradores y acreedores.

Por otra parte, el orden de preferencia entre las hipotecas constituidas sobre un mismo bien se determina por la fecha del acto constitutivo si se inscribe en el mes siguiente a su perfeccionamiento. Es decir, que un acreedor hipotecario que confía, pese a lo anteriormente señalado, en el contenido del Registro puede encontrarse con el hecho de que su hipoteca ocupa un orden posterior a la de otros acreedores aunque se haya inscrito con anterioridad porque su prelación no se fija por la fecha de la inscripción sino por la de su constitución, pudiendo existir un mes de diferencia entre una fecha y otra (art. 22).

Estas son las principales deficiencias que se observan en relación a la publicidad de las hipotecas; veamos las que afectan a la especialidad. Este principio supone, de entrada, dos cosas: que no se constituyen hipotecas sino sobre bienes concretos y expresamente determinados, y que estas hipotecas no garantizan deudas indefinidas, sino que el montante de la obligación consta expresamente. Pues bien, en relación a esta cuestión, en el texto de 1795, de la misma manera que ha quedado señalado en relación a la publicidad de las hipotecas, también existen contradicciones entre los preceptos que tratan acerca de la especialidad. En algunos aspectos se acoge la especialidad de las hipotecas, pero en el resto se prescinde de este principio. De manera absolutamente contraria al mismo, el legislador mantiene las hipotecas sobre los bienes presentes y futuros del deudor en todos

los tipos de hipotecas, tanto en las voluntarias como en las obligatorias (arts. 8 y 11). Esta situación se complica con la previsión inserta en el artículo 26, de acuerdo con la cual no sólo el deudor que así lo desee puede hipotecar de manera general todos sus bienes presentes y futuros, sino que, además, por mandato legal toda hipoteca inscrita se extiende automáticamente sobre todos los bienes presentes y futuros del obligado o condenado situados sobre la circunscripción de la conservaduría de hipotecas. Respecto de esta cuestión sólo se prevé una excepción: en el caso de las cédulas hipotecarias es obligatoria la determinación de los bienes objeto de garantía.

Por el contrario, sí se prevé la especialidad en relación a la cuantía de la deuda que garantiza (art. 16). De esto se deriva una situación grotesca porque los terceros conocerán el montante de la deuda, pero no podrán saber con certeza qué bienes son los que quedan gravados como garantía de esa obligación, cuando, a mi juicio, aun siendo muy importantes ambos extremos, considero que es más conveniente saber qué bienes están sujetos al cumplimiento de una obligación que la cantidad que aseguran.

La previsión más novedosa del Código de 1795 son las cédulas hipotecarias (177). Todo propietario puede tomar hipoteca sobre sí mismo hasta un montante de tres cuartas partes el valor de los bienes que posea en ese momento y designados en el documento (este es el supuesto en el que se prevé la especialidad en relación a los bienes sujetos como garantía) a través de cédulas transmisibles por endoso como si se tratara de letras de cambio y reembolsables en el plazo máximo de diez años (arts. 36-83) (178). Este régimen de movilización del suelo supone que la tierra se convierte en un valor que puede circular como si se tratara de papel dinero (179). Este sistema de cédulas, del mismo modo que otros aspectos de la Ley, es objeto de numerosas críticas; principalmente se temía que en un momento de tanta agitación social, política y económica los poseedores de bienes inmuebles recurrieran con frecuencia a este mecanismo para pedir dinero a préstamo y para transmitir sus bienes, con el peligro de que fuera el Banco hipotecario quien finalmente se quedara con la mayor parte de los bienes (180).

(177) La introducción de estas cédulas en Francia se debe a MENGIN, quien había constatado en Prusia los positivos efectos que de las mismas se derivaban para el fomento del crédito. Discusión de la Sección del Comité de Legislación encargado de la elaboración del Código francés. Intervención de VBERIEU. Sesión de 14 de septiembre de 1792. *Collection générale des rapport...*, cit., I, págs. 143-145.

(178) La hipoteca sobre sí mismo representaría un derecho pignoraticio sobre los bienes inmuebles independiente de toda obligación personal anterior o futura.

(179) SAGNAC, *La législation civile...*, cit., pág. 207.

(180) Entre los principales defensores del sistema cedular se encuentra el ciudadano JOHANOT, que en nombre de los Comités de Salud Pública, de Legislación y de Finanzas lee ante la Convención el informe preparado sobre el Proyecto de Código

¿Qué se prevé en el Código Hipotecario de 1795 en relación a la publicidad de las transmisiones inmobiliarias? El régimen previsto para las mismas es manifiestamente insuficiente porque únicamente se establecen ciertas medidas que no constituyen un auténtico mecanismo de publicidad y, en consecuencia, no se ofrecen las suficientes garantías ni a los posibles compradores ni a los acreedores. Por una parte, se exige un acto público para la formalización de toda transmisión de la propiedad, lo que obliga a toda transmisión hecha de manera verbal o por un acto privado deba ser reconocida por oficiales públicos para que sea válida (art. 100). Por otra parte, toda transmisión voluntaria o forzosa (*expropriation volontaire ou forcée*) tiene que ser precedida de la correspondiente declaración inmobiliaria acerca de los bienes objeto de transmisión (art. 99). Y finalmente, para que todo adquirente, tanto por vía onerosa como gratuita, se convierta en un propietario inatacable protegido contra cualquier reclamación de terceros, durante el mes siguiente a la fecha del acto debe notificar y depositar una *expedition* del mismo en cada una de las oficinas de hipotecas de la circunscripción donde se encuentran sitos los bienes, y asimismo satisfacer en el mes siguiente las deudas y cédulas hipotecarias anteriores o bien depositar su importe (art. 105). La finalidad que se persigue con este régimen es facilitar el inmediato pago de las cargas que pesan sobre la propiedad inmueble, pero no hacer público el estado de la misma. De esta manera, todos los créditos hipotecarios son exigibles desde el momento en que tiene lugar la transmisión voluntaria o forzosa de los bienes gravados.

Las declaraciones inmobiliarias constituyen junto al sistema de las cédulas hipotecarias la principal novedad que se pretende introducir en 1795. Constituyen un mecanismo para hacer público el estado de la propiedad, pero un procedimiento insuficiente porque ¿de qué manera se puede estar seguro de que los datos proporcionados por los propietarios son ciertos si no existe ninguna prueba de ello? (181).

La organización de los Registros tampoco es sencilla en el Decreto 1795 porque en cada conservaduría de hipotecas existen hasta seis Registros diferentes con sus correspondientes libros, de lo que se deriva que los datos

Hipotecario que presentan y que se basa en la publicidad de las hipotecas y en la posibilidad de tomar hipotecas sobre sí mismo. La Comisión de Finanzas presenta este proyecto en la sesión de 26 Germinal año III (15 de abril de 1795). AN.AD/II/36, doc. 8, págs. 1-64.

(181) El régimen de estas declaraciones inmobiliarias no era ni mucho menos uniforme. Mientras que en el caso de las transmisiones era obligatorio, en relación a las hipotecas su formalización dependía de la voluntad del acreedor y para la constitución de la hipoteca sobre sí mismo, que servía para la emisión de las cédulas hipotecarias y la declaración inmobiliaria era obligatoria.

El régimen de las declaraciones inmobiliarias se prevé en *Décret sur les déclarations foncières*. 9 Mesidor año III (27 de junio de 1795), cit.

que afectan a cada propiedad se encuentran muy dispersos aún en el caso de que las inscripciones se realicen en la oficina del lugar donde se encuentran situados los bienes inmuebles. Se crea un Registro para las declaraciones inmobiliarias, otro para los actos traslativos de propiedad tanto voluntarios como forzosos, y los otros para las inscripciones hipotecarias, las hipotecas sobre sí mismo, las notificaciones a los acreedores y para las cancelaciones. Había también un libro que constitutía una especie de resumen o extracto de los anteriores (art. 223).

Después de todo lo señalado, la valoración que se realice del Decreto de 1795 no puede ser sino negativa, lo que permite comprender las numerosas reacciones contrarias que provocó y los sucesivos aplazamientos a su entrada en vigor. Si el anterior régimen era negativo por la clandestinidad que suponía, el nuevo sistema que se intenta establecer es, sin duda, mucho peor porque si el total desconocimiento del estado de la propiedad inmueble es criticable por los numerosos problemas que causa, aún es peor un régimen tan incoherente como el previsto en esta ocasión porque la incertidumbre es absoluta. Sin embargo, como señaló BUISSON, hay que reconocerle el mérito de preparar el camino para la inmediata reforma del año VII (182).

B) *La Ley de 11 Brumario año VII: la relevante importancia otorgada a la publicidad y a la especialidad inmobiliaria*

El legislador francés, consciente de la imposibilidad de ejecutar el régimen hipotecario previsto en la Ley de 1795, inicia la elaboración de un nuevo texto legal que, finalmente, constituye la Ley de 11 Brumario año VII, que es el resultado de alrededor de tres años de trabajos. En este tiempo numerosas resoluciones fueron adoptadas por el Consejo de los Quinientos y reformadas por el de los Ancianos (183), lo que provocó que paralelamente se prepararan diversos informes por parte de los miembros de ambos cuerpos. Todo este material, que resulta imprescindible para comprender el contenido de la Ley del año VII, se encuentra depositado en los

(182) BUISSON, *La publicité...*, cit.

(183) En la Constitución del año III el poder legislativo se divide en dos Cámaras. Las dos Cámaras eran elegidas por tres años renovables por terceras partes todos los años. Las diferencias entre ambos cuerpos se debían al número, edad y condiciones de elegibilidad de sus miembros. El *Conseil des Cinq-cents* ostentaba la facultad de la iniciativa legislativa, votando los proyectos de Ley después de tres lecturas hechas con diez días de intervalo. Mientras que el *Conseil des Anciens* aprobaba o rechazaba después de tres lecturas los proyectos de Ley votados por el Consejo de los quinientos, pero no tenía capacidad ni para iniciar el trámite de un texto legal ni para introducir enmiendas en el texto votado en la otra Cámara. En relación a estos dos órganos véase GODECHOT, *Les institutions de la France...*, cit., págs. 462-464.

Archivos Nacionales de Francia y, dado que todos ellos se dieron a la imprenta, se encuentran también recogidos en la obra ya citada, en la que se publican todos los informes que sobre materia hipotecaria se elaboraron desde 1792 y hasta el año VII (184).

El texto legal de 1798 hay que situarlo en el marco del proceso codificador civil francés. Hasta el momento en que se promulga el Código Civil francés y desde 1790 se suceden cinco Proyectos de Código. Las dificultades que se plantean y que impiden la formación de un texto de leyes civiles conduce a la elaboración y publicación de ciertas leyes independientes acerca de aquellas materias que demandan una inmediata reforma. Precisamente, el texto hipotecario de 1798 tiene su origen en este planteamiento.

JACQUEMINOT (185), miembro del Consejo de los Quinientos, es el encargado de presentar dos resoluciones a través de las que se pretende mejorar el texto de la Ley del año III. El nuevo trabajo parte de dos principios básicos: la publicidad de todas las hipotecas y de todas las mutaciones de propiedad, y la especialidad de las hipotecas. La importancia del informe presentado por JACQUEMINOT es mayor que la de otros porque, finalmente, sus previsiones pasan a formar parte de la Ley de 1798 (186).

La publicidad se alcanzaría a través de la correspondiente inscripción registral, inscripción que, por otra parte, a diferencia de lo previsto en 1795, determinaría el rango entre las distintas hipotecas. También a diferencia de la anterior legislación JACQUEMINOT defiende la necesidad de que las inscripciones se realicen en el Registro del distrito de situación de los bienes inmuebles (187). La inscripción de las hipotecas voluntarias y de las judiciales no plantea ninguna discusión. Sin embargo, como no podía ser de otra manera, se planteó el debate en relación a las hipotecas de los menores y de las mujeres, porque JACQUEMINOT, ferviente partidario de la publicidad, sometía al requisito de la inscripción estas hipotecas (188). El principio de especialidad planteó una mayor controversia, alegándose por sus detractores las dificultades que se plantearían en el momento de pasar del antiguo al nuevo régimen y los inconvenientes que se derivarían para los deudores al ver reducidas considerablemente las garantías que pueden ofrecer...

A estas alegaciones el autor del informe opone la necesidad de establecer la especialidad como principio inseparable del de publicidad como

(184) *Collection générale des rapport...*, cit.

(185) *Rapport par Jacqueminot sur le régime hypothécaire et les expropriations forcées*. 21 Mesidor año VI (9 de julio de 1798). AN.AD/II/36, doc. 70, publicado en *Collection générale des rapport...*, cit., IV, págs. 1-62.

(186) JACQUEMINOT no actuó en solitario, formaba parte de una Comisión compuesta además por BERGIER, RION, TROVILLE, WOUSSEN y GRENIER. *Ibidem*, pág. 5.

(187) *Ibidem*, págs. 12-13.

(188) *Ibidem*, págs. 15-16.

medio de favorecer a los peticionarios de crédito dotando de suficiente seguridad a sus acreedores (189). Finalmente, JACQUEMINOT considera inseparables la publicidad de las transmisiones de bienes inmuebles y la publicidad de las hipotecas porque ambas informaciones resultan imprescindibles para el acreedor y para el comprador, porque éstos no sólo deben conocer las cargas que puedan pesar sobre el bien inmueble, sino que, además, deben de tener la seguridad de que quien aparece como su propietario es efectivamente su titular (190).

Por su parte, las intervenciones de los miembros del Consejo de Ancianos, BOUTEVILLE (191), LEMERCIER (192) y CORNUDET (193), se dirigen fundamentalmente a justificar la conveniencia de la adopción del principio de especialidad de las hipotecas.

El texto de la Ley de 1 de noviembre de 1798 es sensiblemente más breve que el texto anterior y regula el régimen de las hipotecas y de los privilegios, el procedimiento para la consolidación y purga de las transmisiones de propiedad, el régimen de publicidad de los libros de las conservadurías de hipotecas y un régimen transitorio para los derechos constituidos con anterioridad a su promulgación (194). Como ya he señalado, constituye la primera oportunidad en la que el régimen de la propiedad inmueble en Francia se asienta sobre la base de la publicidad de las transmisiones inmobiliarias y de las hipotecas y en la especialidad de éstas.

La publicidad de los actos traslativos de la propiedad se consagra en el artículo 26 a través de la transcripción de los mismos en los Registros de la conservaduría de hipotecas. El texto legal no diferencia entre las transmisiones a título oneroso y a título gratuito; en consecuencia, se debe entender que las enajenaciones gratuitas también se someten al requisito de la transcripción. Además, dado que no se deroga la insinuación, que en el Derecho francés desde el siglo xvi se venía exigiendo para las donaciones,

(189) *Ibidem*, págs. 17-25.

(190) *Ibidem*, págs. 25-30.

(191) «Rapport pour Bouteville». Primer día complementario del año VI (17 de septiembre de 1798). *Collection générale des rapports...*, cit., IV, págs. 62-84.

(192) «Opinion de Lemerrier, sur la résolution du 24 Thermidor an 6, relative au régime hypothécaire». 26 Vendimiado año VII (17 de octubre de 1798). AN.AD/H/36, doc. 95, publicado en *Collection générale des rapports...*, cit., IV, págs. 110-115.

(193) «Opinion de Cornudet, sur la résolution du 24 Thermidor an 6, relative au régime hypothécaire». 4 Brumario año VII (25 de octubre de 1798). AN.AD/n/36, doc. 102, publicado en *Collection générale des rapports...*, cit., IV, págs. 162-171.

(194) Este texto legal se completa con otra Ley de la misma fecha sobre el régimen hipotecario en relación con las expropiaciones forzosas. *Loi sur le régime hypothécaire et les expropriations forcées*. 11 Brumario año VII (1 de noviembre de 1798). DUVERGIER, *Collection...*, cit., 11, París, 1825, págs. 29-35.

sucede que las transmisiones gratuitas hechas por vía de donación se encuentran sometidas a dos formas de publicidad (195).

Los efectos más importantes, que de acuerdo con la Ley de 1798, se derivan de la transcripción de las transmisiones de dominio son dos. En primer lugar, la fecha de la transcripción determina el momento a partir del cual la transmisión de la propiedad puede ser oponible a terceros. Por tanto, se le atribuyen efectos frente a terceros pero no entre las partes para quienes la transmisión es perfecta desde el momento de la celebración del contrato, es decir, desde el otorgamiento del consentimiento. Y en segundo término, la transcripción desempeña un papel fundamental en orden a la purga de las hipotecas. La transcripción de las enajenaciones de bienes inmuebles se configura como un requisito necesario para la purga de las hipotecas inscritas porque el adquirente que procede a la transcripción del contrato de transmisión queda libre de todas las hipotecas no inscritas (arts. 28 y 3).

La publicidad de las hipotecas constituye el segundo pilar de la Ley del año VII. De acuerdo con los artículos 2 y 3 el derecho de hipoteca nace tras su inscripción en el Registro. En consonancia con esta previsión, separándose del texto del año III, el rango de las hipotecas se determina no por la fecha de celebración del acto que posibilita la constitución de la hipoteca, sino por la fecha de su inscripción que coincide con el momento en el que el derecho hipotecario se constituye. También, y de manera acertada, se distancia de las previsiones del Decreto de 1795 y establece que la inscripción se realice en el Registro del distrito en el que se encuentren situados los bienes inmuebles (arts. 16 y 26).

El legislador del Directorio pretende consagrar de la manera más absoluta el principio de la publicidad de las hipotecas, razón por la que suprime las hipotecas legales tácitas e introduce las hipotecas legales expresas. De esta manera, las hipotecas legales, las convencionales y las judiciales quedan sujetas a la inscripción para tener eficacia jurídica (art. 3).

La publicidad de la Ley de 1798 es de carácter personal, de manera que las transmisiones de la propiedad y las inscripciones hipotecarias se hacen en función del titular del bien y no en base a éste. Esto obliga a que para conocer las anteriores hipotecas existentes sobre un concreto bien sea preciso acudir a la información conservada en el Registro para cada uno de los anteriores propietarios. Este modo de organizar el Registro tiene un grave inconveniente: el desconocimiento de uno solo de los anteriores propietarios hace ineficaz la publicidad.

(195) De distintas resoluciones judiciales, así como de la intervención de JOLLIVET con ocasión de la discusión del régimen de publicidad de las donaciones del Código Civil se deduce que, en términos generales, el artículo 26 de la Ley del año VII se interpretó de manera amplia, sometiendo a transcripción las enajenaciones por vía de donación. BUISSON, *La publicité...*, cit., págs. 67-68.

Las principales objeciones que se formularon a la Ley de 1798 se dirigieron contra el principio de especialidad. Principio que el texto asume tanto en el momento de la perfección del contrato como en el de la inscripción, aunque a través de ciertas previsiones queda un tanto matizado (art. 4); no obstante, en consonancia con el mismo desaparecen en el texto legal del Directorio las hipotecas de bienes futuros (art. 4), sujetándose a esta regla todas las clases de hipotecas, tanto las voluntarias como las judiciales y las legales.

La especialidad en el momento de la inscripción se recoge en el artículo 17 que fija la necesidad de determinar el capital y los accesorios de la deuda garantizada con la hipoteca, incluyendo la evaluación de las deudas indeterminadas y los concretos bienes que quedan sujetos como garantía. Sin embargo, establece algunas excepciones de manera que en las hipotecas legales y en las judiciales no es necesario determinar los bienes gravados. Además, en el supuesto de las hipotecas legales y de conformidad con el artículo 21 no es necesario ni siquiera fijar la cuantía de la deuda que se garantiza.

Después de todo lo señalado en relación a los dos textos revolucionarios en materia de publicidad inmobiliaria, la conclusión es que se produce un verdadero avance con el texto de 1798 desde el momento en que se consagra la publicidad y la especialidad de las transmisiones de bienes inmuebles, de las hipotecas y de algunos privilegios, aunque a diferencia de lo que se establece en las legislaciones germánicas no se constituye un registro de los bienes inmuebles y muchos actos que afectan a éstos permanecen en la clandestinidad. Con este texto legal recibían una efectiva protección los adquirentes y los acreedores a través de un sistema sencillo sobre la base de la transcripción y de la inscripción, según los casos, de todos los actos referidos a la propiedad inmueble.

VII EL SISTEMA HIPOTECARIO MIXTO FRANCÉS ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO DE 1804 Y EN LA LEY DE TRANSCRIPCIÓN DE 1855

El contenido hipotecario del Código y de la Ley de Transcripción de 1855 constituyen, desde mi punto de vista y de acuerdo con el contenido de esta investigación, como ya he señalado, el régimen hipotecario francés o mixto. Con motivo de la elaboración del Código Civil napoleónico se reforma de nuevo el régimen de publicidad inmobiliaria, permaneciendo en la clandestinidad las transmisiones inmobiliarias, con la excepción de las donaciones y otros derechos sobre inmuebles, entre los que se encuentran algunas hipotecas legales tácitas. Estas carencias exigen al poco tiempo una

modificación del contenido hipotecario del Código, alteración que tiene lugar en 1855 aunque posteriormente sea sometido a nuevos cambios, principalmente en 1955.

Antes de profundizar en las previsiones de publicidad inmobiliaria del Código, creo que puede ser oportuna una brevísima referencia a su complicado proceso de formación. La Asamblea constituyente acuerda la elaboración de un código de leyes civiles, labor que, sin embargo, no concluye y que a continuación retoma la Asamblea Legislativa, sin que tampoco en esta ocasión se pueda finalizar la empresa, por lo que hasta la Convención Nacional no es posible dar el impulso definitivo al proceso codificador civil. El primer Proyecto de Código Civil lleva como fecha el 9 de agosto de 1793. Durante su discusión se le reprocha el excesivo carácter legal y por ello se decide que sea revisado por seis filósofos. Esta Comisión no finaliza el trabajo encomendado y el Comité de Legislación presenta un nuevo Proyecto de Código Civil el 23 Fructidor año II (9 de septiembre de 1794), que tampoco se discute en su totalidad. Esto hace necesario un tercer Proyecto que se presenta al Consejo de los Quinientos el 24 Pradial año IV (14 de junio de 1796), trabajo propuesto por CAMBACERES y en cuya elaboración intervienen también COUTHON y MERLIN DE DOUAI, que fracasa del mismo modo que los anteriores, corriendo la misma suerte el siguiente Proyecto presentado por JACQUEMINOT. Finalmente, el 12 de agosto de 1800 (24 Termidor año VIII) PORTALIS, TRONCHET, BIGOT DE PRÉAMENEU y MALLEVILLE reciben en el cargo de redactar un nuevo Proyecto de Código Civil (196), que elaborado en cuatro meses se imprime el 1 Pluvioso año IX (21 de enero de 1801).

Discutido por el Consejo de Estado, el *Tribunar* (197) y votado en el Cuerpo Legislativo (198), por fin el 30 Ventoso (21 de marzo de 1804), después de haber sido sucesivamente votado y promulgado por Títulos, el Código Civil se aprueba en su conjunto (199).

(196) PORTALIS era en aquel momento Comisario del Gobierno en el Consejo de *prises*; TRONCHET era el Presidente del Tribunal de Casación y había sido el defensor de Luis XVI ante la Convención; BIGOT DE PRÉAMENEU, antiguo Abogado, ocupaba el cargo de Comisario del Gobierno cerca del Tribunal de Casación, y MALLEVEXE era miembro de este mismo Tribunal. SAGNAC, *La législation civile...*, cit., pág. 54.

(197) En la Constitución del año VIII el poder legislativo se encontraba dividido entre los Cónsules, quienes ostentaban la iniciativa legislativa; el *Tribunal*, que discutía los Proyectos del Gobierno y el Cuerpo legislativo que los aprobaba o rechazaba, y el Senado, que controlaba la constitucionalidad de las leyes. En torno a la institución del Tribunal véase GODECHOT, *Les institutions de la France...*, cit., págs. 565-567.

(198) Para comprender el papel desempeñado por el *Corpus législatif* véase en la misma obra citada en la nota anterior, págs. 567-569.

(199) *Ibidem*, págs. 47-55.

Los textos de estos cinco proyectos de Código Civil se publican por FENET, *Recueil...*, cit., I y II.

1. EL CÓDIGO DE 1804: UN NUEVO RETROCESO EN EL RÉGIMEN
DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

El Código Civil en materia hipotecaria supone, como va a quedar expuesto en las próximas páginas, un retroceso si se compara con el importante avance que había supuesto la Ley de 1798, tendencia que se observa ya en el Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil (200). PORTALIS entiende que las últimas leyes hipotecarias francesas, se refiere por tanto a los textos de 1795 y de 1798, son extremosas porque aunque es necesario que la legislación hipotecaria proporcione seguridad en relación a los bienes inmuebles, no es conveniente excederse en las precauciones que se adopten para evitar la clandestinidad de la situación de tales bienes. En su opinión, si se multiplican las formalidades, la protección que se proporciona a los ciudadanos no resulta positiva. Este planteamiento, que se plasma también el contenido del Código Civil, conduce al establecimiento de un régimen hipotecario más moderado que el previsto, sobre todo, en la Ley de 1798.

Los redactores del Código Civil deben elegir en materia hipotecaria entre tres sistemas de publicidad inmobiliaria diferentes: el de inspiración romana defendido por PORTALIS; el establecido en la Ley de Brumario del año VII, entonces en vigor, que consagra la publicidad y la especialidad en relación a las transmisiones de bienes inmuebles, las hipotecas y ciertos privilegios, que es el defendido por el Consejo de Estado y CAMBACÉRÈS; y el previsto en el Derecho histórico francés encarnado en el Edicto de 1771.

En el Proyecto de 24 Termidor año VIII (11 de agosto de 1799) (201) se propone en buena medida el retorno a la legislación existente en 1789, es decir, al sistema del Edicto de 1771. Este Proyecto se remite a los Tribunales de Apelación (202) y al propio Tribunal de Casación (203) para que pongan de manifiesto la opinión que les merecen las reformas que en el mismo se introducen.

La posición que ante el contenido hipotecario de este Proyecto adoptan las diferentes Cortes de Apelación se divide en dos. Un grupo significativo

(200) J. E. M. PORTALIS, *Discours qui precede la présentation du projet de Van VIII*. AN.AD/XVIII C. Se publicó en Francia con el título de *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviôse an IX par la Commission nommée par le Gouvernement consulaire*, París, 1801.

(201) Se publica en FENET, *Recueil...*, cit., págs. 3-413.

(202) De acuerdo con la reforma judicial del año VIII, los Tribunales de apelación debían resolver sobre los recursos planteados contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Tribunales de distrito y de los Tribunales de comercio. GODECHOT, *Les institutions de la France...*, cit., pág. 621.

(203) Sobre el Tribunal de Casación que en parte viene a cumplir algunas de las funciones desempeñadas por los antiguos Parlamentos y que se constituye como jurisdicción suprema véase J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, París, 1987.

de Tribunales, entre los que se encontraban los de París (204), Lyon (205), Bruselas (206), Rouen (207), Grenoble (208), Montpellier (209)... defienden el mantenimiento del régimen en vigor, que no era otro que el de la Ley de 1798. Otros por el contrario aceptaban el Proyecto de Código Civil presentado, sin perjuicio de introducir algunas modificaciones (210). Por su parte el Tribunal de Casación propone sustituir el contenido hipotecario del Proyecto por otro totalmente nuevo.: critica el sistema de las *lettres de ratification* y defiende la introducción de los principios de publicidad y de especialidad (211). Se puede decir que el régimen que propone, es básicamente, el mismo que el previsto en la Ley de 1798, pese a que no lo manifieste explícitamente.

La opinión de los Tribunales, en especial la emitida por el Tribunal de Casación, tiene una honda repercusión y como consecuencia de ello una de las Secciones del Consejo de Estado queda encargada de pronunciarse acerca de la conveniencia de conservar el régimen en vigor o de sustituirle por el Proyecto del año VIII. De nuevo las opiniones se dividen y de los ocho miembros que asisten al debate cuatro se muestran partidarios del régimen de 1798 y los otros cuatro apoyan el contenido del Proyecto (212). Esta división de pareceres conduce a que BIGOT-PRÉAMENEU y REAL reciban el encargo de realizar cada uno de ellos un informe: BIGOT-PRÉAMENEU lo prepara en torno al Proyecto del año VII y REAL acerca del sistema de la Ley de Bulario del año VII (213).

(204) FENET, *Recueil...*, cit., 5, págs. 91-291; en relación al régimen hipotecario, págs. 243-255.

(205) «Observations présentées par les commissaires nommés par le Tribunal d'appel de Lyon», *ibidem*, 4, págs. 27-350; para la materia hipotecaria, págs. 213-276.

(206) «Observations du tribunal d'appel séant á Bruxelles», *ibidem*, 3, págs. 255-395; sobre la materia de hipotecas, «Observations particulières sur le projet de système hypothécaire formant les titres VI, VII et VIII, du livre III», *ibidem*, págs. 292-395.

(207) *Ibidem*, 5, págs. 503-523.

(208) «Observations présentées par la commission nommée par le Tribunal d'appel séant á Grenoble», *ibidem*, 3, págs. 528-617; en concreto, «Observations générales sur les titres VI, VII et VIII du livre III, relatifs aux privilèges et hypothèques, et á la vente forcée des immeubles», *ibidem*, págs. 603-614.

(209) «Observations faites par les membres de la commission nommée le 21 Germinal dernier par le Tribunal d'appel séant á Montpellier», *ibidem*, 4, págs. 419-589; el régimen hipotecario en págs. 489-493.

(210) Véase en la intervención de REAL en la sesión del Consejo de Estado de 12 Pluvioso año XII (2 de febrero de 1804). *Ibidem*, 15, pág. 281.

(211) «Observations du tribunal de Cassation sur le Projet présenté par la Commission du Gouvernement», *ibidem*, 2, págs. 415-755.

(212) Véase en la intervención de REAL en la sesión del Consejo de Estado de 12 Pluvioso año XII (2 de febrero de 1804). *Ibidem*, 15, pág. 283.

(213) Estos dos informes se leyeron ante el Consejo de Estado, en presencia del Primer Cónsul, en la sesión de 12 Pluvioso año XII (2 de febrero de 1804) y su discusión se prolongó el 19 Pluvioso (9 de febrero).

BIGOT-PRÉAMENEU, defendiendo el Proyecto de Código Civil, se manifiesta contrario a la publicidad y a la especialidad, utilizando para ello los mismos argumentos de que desde antiguo se venían dando para oponerse a estos principios: el carácter fiscal que se había atribuido en anteriores ocasiones a las normas referidas de la publicidad inmobiliaria, la violación del secreto de las familias y el deterioro que el crédito en general sufriría con la especialidad de las hipotecas. Critica especialmente la necesidad de inscripción para las hipotecas en favor de la mujer y de los menores (214). En su exposición quiere demostrar que el régimen previsto en la Ley de 1798 no procura el conocimiento de la fortuna del deudor ni la seguridad del prestamista. Además, por consideraciones de orden público entiende que las hipotecas legales no deben depender de una simple formalidad.

REAL por su parte, apoyando la Ley de Brumario año VII, declara que la materia hipotecaria es una de las más importantes del Código Civil porque afecta a la fortuna tanto mobiliaria como inmobiliaria de los ciudadanos. De manera que según como se regule jurídicamente fomentará el crédito público y el comercio inmobiliario o por el contrario impedirá su desarrollo (215). Entiende que el texto en vigor es el que contempla los mecanismos necesarios para que estos objetivos se alcancen. La base del régimen debe resistir en la publicidad de las transmisiones de propiedad y en la de los actos constitutivos de hipotecas, de manera que desde que tiene lugar la transcripción el adquirente se convierte en inatacable y desde el momento de la inscripción se asigna al acreedor un rango invariable.

El verdadero debate se plantea en torno a la conveniencia o no de exigir el requisito de la inscripción para las hipotecas en favor de la mujer y de los menores. TRONCHET, PORTALIS y BIGOT DE PRÉAMENEU apoyan dispensar de la inscripción a las mujeres y a los menores. TREILHARD, firme defensor de la publicidad, les recuerda que incluso en el Edicto de 1771 las mujeres y los menores debían formalizar la correspondiente declaración para conservar sus derechos. CAMBACERES opta por la inscripción, aunque matiza que sería necesario arbitrar mecanismos para asegurar que esta formalidad se cumple.

Como consecuencia de esta disparidad de criterios, la intervención de NAPOLEÓN resulta decisiva. El primer Cónsul entiende que, aunque son necesarios el principio de publicidad y el de especialidad, es conveniente también que la inscripción de las hipotecas legales sea una simple formalidad y no una condición necesaria para asegurar de esta manera sus efectos y defiende también la necesidad de establecer un adecuado régimen de

(214) BIGOT-PRÉAMENEU, «*Premier rapport de la section de législation*», en FENET, *Recueil...*, cit., 15, págs. 223-271.

(215) REAL, «*Second rapport de la section de législation*», *ibidem*, págs. 280-287.

purga de las cargas anteriores existentes sobre la nueva propiedad que se adquiere (216).

El resultado de toda esta discusión es la adopción por el Consejo de los siguientes principios (217):

«*Que toute hypothèque sera publique, que l'hypothèque conventionnelle sera toujours spéciale; que la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs*».

Después de que el Consejo asumiera estas bases en materia de publicidad hipotecaria, TREILHARD recibe el encargo de redactar de nuevo el título de las hipotecas, texto que, salvo muy concretas modificaciones que se introducen con motivo de su discusión, constituye el Título de hipotecas del Código Civil de 1804 (218).

En aspectos importantes el Código Civil mantiene el régimen establecido en la Ley de 1798: se consagra la especialidad de manera que para toda constitución de hipoteca es preciso señalar los concretos bienes que quedan hipotecados, el rango de las hipotecas se determina por la fecha de la inscripción, la especialidad se exige también en relación al montante de la deuda... Sin embargo, sufre un grave deterioro la publicidad porque las hipotecas de los menores y de las mujeres existen con independencia de inscripción. La dispensa de inscripción es perpetua, no se fija ningún plazo, de manera que la incertidumbre de los adquirentes y de los prestamistas será para siempre.

En el Proyecto del año VIII no se prevé la publicidad de las transmisiones inmobiliarias pese a que el Tribunal de Casación, en el proyecto alternativo que propone, reproduce el artículo 26 de la Ley de 1798 (219).

(216) La discusión se publica también por FENET, págs. 287-325.

(217) *Ibidem*, págs. 325-326. -

(218) *Loi relative aux privilèges et hypothèques*. 28 Ventoso-8 Germinal año XII (19 de marzo de 1804), cit.

La nueva redacción se presenta por TREILHARD el 3 Ventoso año XII=23 de febrero de 1804 (se publica por FENET, págs. 326-351, y su posterior discusión, págs. 351-395). La tercera redacción con las modificaciones introducidas los días 3, 5, 10, 12 Ventoso (23 y 25 de febrero y 1 y 3 de marzo de 1804) se presenta por TREILHARD el mismo día 3 de marzo y el Consejo lo adopta en dichos términos (*ibidem*, págs. 395-411).

El texto aprobado por el Consejo se remite a la Sección de legislación del Tribunado, quien realiza algunas observaciones (*ibidem*, págs. 412-418). El texto regresa al Consejo de Estado y en la sesión de 22 Ventoso año XII (13 de marzo de 1804) TREILHARD da lectura a la nueva y definitiva redacción con los cambios propuestos por el Tribunado (*ibidem*, págs. 421-447).

(219) BUISSON, *La publicité...*, cit., pág. 88.

La cuestión de la publicidad de las transmisiones inmobiliarias se plantea con ocasión de la discusión del artículo 1.138 que establece que la propiedad se transfiere por el mero consentimiento (220) y a continuación el artículo 1.140 remite la resolución del debate al momento en que se regulan las materias relativas a la venta y a las hipotecas (221). Cuando se redacta el artículo 1.138 no se determina si se exige o no transcripción de las transmisiones y al abordarse el tema de las donaciones se acuerda suprimir el requisito de la insinuación y se someten al cumplimiento de la transcripción, aunque se acuerda que esta decisión no supone nada en relación a las transmisiones a título oneroso (222). Finalmente, la cuestión debe ser abordada durante la discusión del Título de las hipotecas (223) y el Consejo adopta la resolución siguiente (224):

«1.º *Que la disposition de l'article n'est pas applicable aux contrats de vente antérieures á la loi du 11 Brumaire* (225);

2.º *Que la transcription du contrat ne transfère pas á l'acheteur la propriété, lorsque le vendeur n'était pas propriétaire».*

De las discusiones habidas en torno a esta cuestión parece deducirse que los miembros del Consejo de Estado llegan al acuerdo de mantener la transcripción para las transmisiones de dominio, sin embargo, finalmente, el artículo 91 desaparece y con ello la posibilidad de hacer públicas estas transmisiones. Esta supresión del artículo 91, como señala BUIS-SON, no se entiende muy bien si se tiene en cuenta que precisamente el miembro del Consejo de Estado que con mayor ahínco defiende la publicidad de las transmisiones inmobiliarias es el encargado de preparar el nuevo texto en base a las reformas introducidas en el Consejo de Estado

(220) FENET, *Recueil...*, cit., 13, pág. 9. Artículo 1.138: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes...»

(221) *Ibidem*. Artículo 1.140: «Les effets de l'obligation de donner ou livrer un immeuble sont regles aux titres du Contrat de vente et des Privilèges et Hypothèques».

(222) *Ibidem*, 12, págs. 359-362.

(223) *Ibidem*, 15, págs. 385-393.

(224) *Ibidem*, pág. 391.

(225) Se refiere a los artículos 91 y 92 del Proyecto: artículo 91: «Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits, ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformes aux dispositions de la présente».

Artículo 92: «La simple transcription des titres translatifs de propriété sur le registre du Conservateur ne purge pas les hypothèques et privilèges établis sur l'immeuble. Il ne pas au nouveau propriétaire qu'avec les droits qui appartenaient au précédent, et affecté des mêmes privilèges et hypothèques dont il était chargé».

y en el Tribunalado y, en consecuencia, parece poco probable que no percibiera tal omisión (226).

En conclusión se puede afirmar que el Código Civil del Consulado contiene un régimen hipotecario un tanto incoherente porque establece en principio la publicidad de las hipotecas, aunque deja al margen las hipotecas de las mujeres y de los menores, y de los actos traslativos a título gratuito pero priva de publicidad los acuerdos que transmiten la propiedad a título oneroso.

Además de estos rasgos que son los que constituyen el núcleo principal del régimen hipotecario francés hay que tener en cuenta otros que contribuyen a su configuración y, por tanto, a su separación respecto del germánico. Esquemáticamente, como ya lo hizo SAINT-JOSEPH (227), los principios generales del régimen hipotecario previsto en el Código son los siguientes:

1. El requisito de la transcripción es necesario para la conservación del privilegio del vendedor (art. 2.108) y como formalidad preliminar a la purga (2.181).
2. Los privilegios sobre los bienes inmuebles se someten al requisito de la inscripción (art. 2.106).
3. No se establece ningún plazo de tiempo dentro del cual el vendedor pueda realizar la inscripción.
4. Tan sólo los bienes inmuebles y el derecho de usufructo son susceptibles de hipoteca (2.119).
5. El rango entre las hipotecas se determina en la mayor parte de las ocasiones por la fecha de la inscripción (arts. 2.134-2.145).
6. Las hipotecas convencionales sólo pueden resultar de un acto auténtico (art. 2.127).
7. Quedan dispensadas de la inscripción las hipotecas legales en favor de las mujeres y la de los menores e incapacitados. Además del mismo modo que las judiciales se constituyen sobre todos los bienes del deudor (arts. 2.122, 2.123).
8. Los bienes futuros del deudor pueden ser sujetos a hipoteca tanto legal como judicial. Para el caso de las convencionales se prevé que si en el contrato se advierte acerca de la insuficiencia de los bienes inmuebles pueda el deudor hipotecar aquéllos que adquiera en el futuro (arts. 2.122, 2.123, 2.129).
9. Los efectos derivados de las inscripciones perduran a lo largo de diez años, transcurridos los cuales es preciso renovarlas (art. 2.154).
10. El adquirente del bien inmueble obligado con hipotecas tiene que,

(226) BUISSON, *La publicité...*, cit., págs. 92-100.

(227) SAINT-JOSEPH, *Concordances entre les lois hypothécaires...*, cit., págs. VII-VIII.

o bien pagar los créditos existentes o bien abandonar el bien. Y para liberarse del precio y de las hipotecas legales no inscritas debe acudir al procedimiento de purga establecido a tal efecto (arts. 2.167, 2.168 y 2.181-2.192).

Algunos autores entre los que se encuentra SAINT JOSEPH entendieron que entre los Estados que adoptaron este modelo mixto francés se encuentran los Estados romanos (228), Dos Sicilias (229), Grecia (230), Friburgo (231), el Gran Ducado de Badén (232), el Cantón de Vaud (233), los Estados sardos (234), Toscana (235) y sobre todo Bélgica (236)..., sin embargo, en mi opinión, como ya lo he expresado anteriormente, esta afirmación no es totalmente exacta porque en el caso por ejemplo de Bélgica, aunque ciertamente se parta del sistema francés, el legislador introduce novedades tan sustanciales que he considerado más oportuno incluir la Ley belga dentro del sistema germánico incompleto. Si esto ocurre en relación con el caso de Bélgica algo parecido sucede con otros textos legales europeos cuya filiación respecto del sistema mixto francés se ha afirmado desde el siglo pasado. Por este motivo sería necesario estudiar cada uno de estos textos hipotecarios para determinar exactamente si efectivamente se contiene en ellos un sistema similar al francés o por el contrario su contenido se ajusta con mayor perfección a los rasgos del modelo germánico incompleto.

Entre las modificaciones más frecuentes en relación al régimen francés y que permitirían situar estos textos dentro del tercer modelo se encuentran las siguientes: se exige la transcripción para los actos de venta y resolución; se fija el requisito de la inscripción para la conservación del privilegio del vendedor en un plazo determinado; se suele establecer también la inscripción de todas las hipotecas legales; se suele dispensar de la obligación de renovar las inscripciones; no cabe la posibilidad de hipotecas judiciales

(228) *Réglement législatif et judiciaire*, de 10 de noviembre de 1834. Se publica la parte hipotecaria en la obra citada en la nota anterior, págs. 38-49.

(229) Código Civil de 1819. Los artículos referidos al régimen hipotecario de este cuerpo legal se publican también por SAINT JOSEPH en la misma obra, págs. 34-38.

(230) Ley Hipotecaria de 11 (23) de agosto de 1836. *Ibidem*, págs. 91-99.

(231) Ley de 28 de junio de 1832. Se publica en la misma obra que las anteriores, págs. 59-67, y Decreto de ejecución de la Ley sobre Hipotecas de 19 de enero de 1833, págs. 67-68.

(232) Código Civil de 1809. *Ibidem*, págs. 7-8.

(233) Código Civil de 1819. *Ibidem*, págs. 289-293; Ley de 28 de mayo de 1824, *ibidem*, págs. 293-301.

(234) Código Civil de Cerdeña de 1837. *Ibidem*, págs. 222-236.

(235) *Motu proprio* de 2 de mayo de 1836. *Ibidem*, págs. 278-288.

(236) *Loi sur la révision du régime hypothécaire*, cit.

sobre todos los bienes... Si todas estas modificaciones se hubiera introducido en un mismo texto legal el resultado hubiera sido un texto muy parecido a los del ámbito germánico (237).

2. LA AMPLIACIÓN DE LA PUBLICIDAD A TODAS LAS TRANSMISIONES
DE DOMINIO: LEY DE 25 DE MARZO DE 1855 (238)

Una vez redactado el Código Civil se inicia en Francia un importante debate que pone en cuestión algunas de las previsiones que en materia hipotecaria se contenían en dicho texto legal. Las dudas se plantean sobre diversos aspectos entre los que hay que mencionar los siguientes: la conveniencia o no de sujetar al requisito de la transcripción las enajenaciones a título oneroso; la oportunidad de la transformación de las hipotecas legales tácitas en expresas a través de su inscripción; el establecimiento de un plazo de tiempo para que las hipotecas legales se sometieran a la inscripción, una vez finalizada la tutela o disuelto el matrimonio; acerca de la conveniencia de exigir la inscripción de las cesiones y subrogaciones de derechos hipotecarios como medida para controlar el fraude; sobre la oportunidad de la supresión de las hipotecas generales sometiendo en consecuencia al principio de especialidad las hipotecas judiciales; acerca de la conveniencia o no de la fijación de un plazo para la renovación de las inscripciones (239).

Se hace tan perentoria la reforma hipotecaria que en mayo de 1841 se pone en marcha una investigación sobre la cuestión y el Ministro de Justicia, Martin de Nord, a través de una circular solicitada del Tribunal de Casación, de los Tribunales de Apelación y de las Facultades de Derecho su opinión acerca de las conveniencias de reformar el régimen

(237) SAINT-JOSEPH, *Concordances entre les lois hypothécaires...*, cit., págs. VIII-IX.

(238) Como ya he manifestado anteriormente, este texto hipotecario francés es, probablemente, el que ha sido objeto de una mayor cantidad de estudios monográficos. Inmediatamente después de su publicación los juristas más relevantes del momento procedieron a su análisis; además, muchas tesis doctorales tuvieron como objeto de investigación precisamente algún aspecto del nuevo texto legal. De esta abundante bibliografía algunos títulos han llegado a ser considerados clásicos en esta materia y su consulta resulta indispensable.

Entre las obras llama la atención especialmente sobre las siguientes, y a ello me remito para un estudio en profundidad sobre el contenido de la Ley de 1855: BESSON, *Les livres fonciers...*, cit.; L. BERGSON, *Le régime foncier des états du nord de l'Europe dans ses rapports avec la loi française sur la transcription du 23 mars 1855*, París, 1858; MOURLON, *Traite théorique...* cit.; TROPLONG, *Commentaire de la loi...*, cit.; VERDIER, *Transcription hypothécaire...*, cit.

(239) SAINT JOSEPH, *Concordances entre les lois hypothécaires...*, cit., pág. XX.

de publicidad inmobiliaria haciendo públicas las transmisiones inmobiliarias (240).

Diferentes proyectos de reforma hipotecaria se presentan en 1849, 1850 y 1851. En líneas generales se apuesta por la publicidad de todos los derechos sobre los bienes inmuebles, sin embargo, diferentes cuestiones impiden su conclusión: por un lado, la propia dificultad que entraña la reforma; de otro, los temores que existen sobre la posibilidad de reforma del Código Civil, que se considera la obra jurídica más perfecta realizada hasta la fecha; por otra parte, las divergencias entre las distintas opiniones retrasan también la reforma porque, aunque una gran mayoría se muestra partidaria de la modificación, siempre se mantienen algunos grupos reacios a la misma; y, finalmente, conviene tener en cuenta el freno que suponen los propios acontecimientos políticos (241).

En este movimiento desempeña un papel fundamental la influencia que ejercen en los legisladores franceses los textos hipotecarios que se elaboran en aquellos países que habían estado bajo la dependencia francesa porque, aunque habían adoptado el Código Civil francés como punto de partida, habían procedido a su reforma incluyendo la publicidad de las transmisiones a título oneroso (242). Sin embargo, la sujeción al principio de publicidad de las hipotecas legales no fue tenida en cuenta por el legislador francés.

Tan sólo dos Tribunales de Apelación, en concreto los de Burdeos y Toulouse, rechazan la propuesta realizada por el Ministerio de Justicia y de las nueve Facultades de Derecho, siete apoyaron el restablecimiento de la transcripción (243). En el mismo sentido se pronuncian las diferentes comisiones que por parte de la Asamblea Legislativa (244) y por el Consejo de Estado (245) se nombran para estudiar el tema.

(240) Todo el material que origina con motivo de esta información se publica por el mismo Ministro a los pocos años. MARTIN DE NORD, *Documents relatifs au régime hypothécaire...*, cit.

(241) *Ibidem*, pág. 64.

No hay que olvidar que en 1848 tiene lugar en Francia una Revolución que da origen al Segundo Imperio (1848-1851). J. J. CHEVALIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, 7.^a edición, puesta al día por G. COÏNAC, París, 1985, págs. 219-241.

(242) VERDIER, *Transcription hypothécaire...*, cit., I, pág. V.

(243) En el mismo tomo de la obra de VERDIER citada en la nota precedente, pág. VI.

Las observaciones realizadas por los diferentes Tribunales y por las Facultades de Leyes se pueden conocer a través de la obra ya citada, *De la réforme hypothécaire...*, cit., y en relación a la Facultad de Caen se cuenta con el siguiente trabajo: *Notes faisant suite aux observations de la Faculté de Droit de Caen sur les réformes à introduire en matière de privilèges et hypothèques...*, Caen, 1841.

(244) A. DEBELLEYME, «Rapport fait au nom de la Commission du Corps législatif chargée d'examiner le projet de loi sur la transcription en matière hypothécaire», publicado por VERDIER, *Transcription hypothécaire...*, cit., págs. XV-XXXVI.

(245) «Projet de loi sur la transcription adopté par le Conseil d'Etat» (sesiones de 13, 21 y 27 de abril y 2 y 3 de mayo de 1853), *ibidem*, págs. XII-XIV.

La Ley de Transcripción de 1855 es el resultado de este debate. A través de la misma se restablece la transcripción de los actos traslativos de la propiedad a título oneroso y se atenúa, en relación a las hipotecas legales de la mujer y del menor, la dispensa de publicidad establecida en el Código (246).

A mediados del siglo pasado es imprescindible afrontar esta reforma porque desde la publicación del Código Civil no habían cesado de señalarse los vicios que conllevaba el régimen hipotecario en él establecido y se había llegado a la conclusión de que el mejor sistema para conocer el estado de la propiedad era el de la implantación del registro público de todas las mutaciones de propiedad, de sus desmembramientos y cargas.

Esto ya servía para justificar la implantación de la Ley de 1855 pero, además, la organización de las sociedades de crédito hacía imposible una nueva dilación en la adopción de la publicidad de las transmisiones inmobiliarias dado que por Decreto el 28 de febrero de 1851 se había instaurado en Francia el crédito inmobiliario. Lo más normal hubiera sido realizar en primer lugar la reforma de la legislación hipotecaria y una vez establecido un nuevo sistema crear las instituciones de crédito inmobiliario, sin embargo, aconteció a la inversa y por ello, como digo, no era posible retrasar por más tiempo la tan ansiada reforma hipotecaria (247).

El texto de la Ley de 1855 se inicia con la determinación de los nuevos actos que quedan sujetos al requisito de la transcripción. Por un parte, se incluyen todos aquellos relativos al establecimiento de la propiedad y de sus desmembraciones y, por otra, los arrendamientos por una duración superior a dieciocho meses y los anticipos dados por arrendamientos. En el primer grupo se encuentran todos los actos traslativos de la propiedad y aquéllos que suponen una modificación de la plena propiedad como sucede con los constitutivos de los derechos de usufructo, uso y habitación, porque estas limitaciones son tan importantes que la publicidad del estado de la propiedad inmueble quedaría incompleta si no se incluyeran. De acuerdo con este mismo razonamiento, es conveniente sujetar al mismo requisito los arrendamientos a largo plazo y las rentas anticipadas de alquileres por varios años, pese a que esto pueda suponer una invasión en el campo de los derechos personales y una derogación del principio de libertad y del secreto de los acuerdos privados (248). También quedan sometidas a transcripción las decisiones judiciales que supongan la nulidad o resolución de un acto anteriormente transcrito (art. 4).

(246) *Loi sur la transcription en matière hypothécaire*, 23-26 de marzo de 1855, cit.

(247) Sobre esta cuestión véase M. LESCURE, *Les Banques, l'état et le marché immobilier en France à l'époque contemporaine 1820-1940*, París, 1982.

(248) VERDIER, *Transcription hypothécaire...*, cit., pág. XXI.

Durante la discusión de la Ley se planteó la duda en torno a los testamentos ¿debían someterse al requisito de la transcripción?

Las opiniones estaban divididas. Una parte de los miembros de la Comisión consideraban que la sucesión intestada debía dispensarse de la transcripción porque el heredero continúa la persona del difunto y porque su derecho se establece públicamente en virtud de la ley y de los actos del estado civil y, por las mismas razones, entendían que no debía de eximirse de esta formalidad las sucesiones testamentarias.

Frente a esta actitud la mayor parte de la Comisión acordó la opinión contraria porque entendía que el legatario no es parte en el testamento como el adquirente en la venta y durante la mayor parte del tiempo no conoce su legado y desde el momento de la muerte pasa un tiempo, más o menos prolongado, en el que el legatario no puede realizar la transcripción y, por tanto, exigirle su realización significaría dejarlo a merced del heredero y esto no se concilia bien con la finalidad que se persigue con la institución del legado, porque el derecho del legatario debe ser sagrado y no cabe que dependa de la voluntad del heredero. Además, junto al interés del legatario se encuentra el de los testadores porque exigir la transcripción para la validez de los testamentos constituiría una alteración de la facultad de testar (249).

La misma cuestión se plantea en relación a las particiones. Finalmente, se entiende que su transcripción no reportaría ningún beneficio a los acreedores de la sucesión porque ellos pueden conservar sus derechos con independencia de toda partición. Sólo el acreedor de uno de los coherederos tendría interés en la transcripción y en el caso de que este coheredero hubiera hecho la inscripción con anterioridad a la transcripción de la partición (250). Por todo ello, la mayor parte de la Comisión consideró más oportuno no sujetar a transcripción las particiones por entender que se trata de actos meramente declarativos pero no atributivos de la propiedad.

Otro aspecto que provoca cierto debate se deriva de la conveniencia o no de sujetar a transcripción los actos privados. De nuevo hubo dos posicionamientos: una parte de los integrantes de la Comisión apostaban por exigir como requisito previo a la transcripción el depósito del acto ante un Notario, mientras que el resto opinaba que no se debía admitir la transcripción más que en relación a los actos privados celebrados ante Notario. Finalmente, la Comisión acuerda mantener la legislación entonces en vigor y permitir la transcripción de los actos privados.

Para finalizar este análisis de la Ley de 1855 se debe hacer referencia a otra reforma, incluida en la misma Ley de 1855, que en la mayor parte de las ocasiones ha pasado desapercibida. Es cierto que en este texto legal

(249) DEBELLEYME, *Rapport...*, cit.

(250) En el mismo informe de DEBELLEYME.

se mantienen las hipotecas legales de las mujeres y de los menores en la clandestinidad. Sin embargo, de alguna manera se prepara el camino, aunque tímidamente, para una posterior modificación de la legislación hipotecaria que permita su conversión en hipotecas públicas.

El Código dispensaba de manera absoluta del requisito de la inscripción a estas hipotecas, no se establecía ningún plazo dentro del cual debiera procederse a su registro, de manera que la incertidumbre de los adquirentes y prestamistas era perpetua. El texto de 1855 corrige en cierta medida este extremo estableciendo que la dispensa de inscripción para las hipotecas legales de las mujeres y de los menores e incapacitados no sea para siempre, fijando para ello un plazo límite. Esta novedad constituye un avance importante, aunque los plazos previstos sean aún excesivamente largos. De acuerdo con la previsión de la Ley, en los casos en los que el marido hubiera fallecido, o se hubiera alcanzado la mayoría de edad, o el incapacitado hubiera salido de tal estado, si sus herederos no hubieran realizado la correspondiente inscripción en el año siguiente a la disolución del matrimonio o a la cesación de la tutela, la fecha de la hipoteca en relación a terceros se fija desde el día de la inscripción.

Por último, de manera muy breve, me refiero a la reforma que en materia de publicidad inmobiliaria tiene lugar en 1955 (251).

A mediados del actual siglo permanecían aún en la clandestinidad ciertas cargas sobre la propiedad inmueble. Constituían un número importante porque no sólo se encontraban en esta situación las hipotecas legales de las mujeres casadas y de los menores e interdictos sujetos a tutela, sino también los privilegios generales previstos en el artículo 2.101 del Código Civil cuando se ejercían sobre bienes inmuebles en defecto de bienes muebles (arts. 2.104 y 2.105). Los inconvenientes de la clandestinidad de estos privilegios generales se derivaban del hecho de que constituían un obstáculo importante para el desarrollo del crédito porque la Ley les atribuía un carácter preferencial frente a los acreedores hipotecarios simples sujetos a publicidad.

En la Reforma de 1955 la mayor parte de estos antiguos privilegios generales se transforman en hipotecas sujetas al principio de la publicidad

(251) *Decret du 4 janvier 1955 portant reforme de la publicité fonciere*, cit.

Entre los textos de 1855 y 1955 se promulgan otras disposiciones que vienen a modificar también algunas de las previsiones de la Ley de Transcripción; sin embargo, ninguna alcanza a tener la importancia que tiene la prevista en la Ley de 1955. Entre esas reformas parciales se encuentra la contenida en la *Loi relative à la suppression du registre de la transcription et modifiant la loi du 23 mars 1855 et les arts. 1.069, 2.181 et 2.182 du Code Civil*, 24 de julio de 1921 (DUVERGIER, *Collection...*, cit., 21, 1921, págs. 413-414), y en el *Décret modifiant le régime de la transcription*, de 30 de octubre de 1935, *GP*, 1935, pág. 1333.

tomando como orden de prelación el fijado en función de la fecha de su inscripción.

Finalmente, en relación con las hipotecas legales que permanecían ocultas, la Ley de 1955 retoma el contenido de la Ley de 1798 y la eficacia de las hipotecas legales queda subordinada a su publicidad, del mismo modo que su rango se determina de acuerdo con la fecha de la inscripción (252).

MARGARITA SERNA VALLEJO
Profesora de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Cantabria

(252) Sobre esta reforma hipotecaria véase: BUISSON, *La publicité...*, cit., págs. 101-151, y ESMEIN, «La réforme de la publicité foncière», *GP*, 1955, I, doctrine, págs. 30-43.