

*intervinieran ó no* en el acto ó contrato que produzca ese derecho de hipoteca cuando el marido adquiriera bienes y trate de inscribirlos; pues siempre que la hipoteca en garantía de la dote estimada deja de constituirse por carecer de bienes inmuebles ó derechos reales el marido, ó sea en el supuesto del art. 1.354 del Código, 186 de la ley Hipotecaria y 121 del Reglamento la circunstancia de adquirirlos en lo sucesivo es extraña á la constitución dotal y pueden desconocerla todas las personas llamadas por la ley á pedir la hipoteca, hayan ó no intervenido en el otorgamiento de la escritura de dote.

#### 46. DOTE INESTIMADA.

##### a) *Dominio de la mujer.*

Es éste el primero y más importante derecho en los bienes de la dote inestimada que corresponde á la mujer; así lo proclaman los arts. 1.346, párrafo 3.º, y 1.360, párrafo 1.º, si bien ambos con la frase de «la mujer conserva el dominio de los bienes que constituyen la dote inestimada», lo cual será rigurosamente cierto cuando de antemano fueran de su propiedad, pero no cuando adquiriera dicho dominio al tiempo de la constitución de la dote: el resultado es igual para este efecto de corresponder el derecho de dominio en los dotales inestimados á la mujer, y lo único que el Código ha querido decir es que en la dote de esta clase, á diferencia de lo que sucede en la *estimada*, *no pasa* el dominio de los bienes que la forman al patrimonio del marido.

Consecuencia inexcusable de Derecho era que los aumentos y deterioros que los bienes dotales *inestimados* tuvieran, cediesen en provecho ó daño de la mujer, por razón de su dominio, que es otra de las declaraciones del párrafo 1.º del art. 1.360, el cual debe ser entendido con la excepción de justicia que establece el párrafo 2.º del mismo artículo, imputando al marido la responsabilidad del deterioro que por su culpa ó negligencia sufran dichos bienes, así como declarando abonables para el mismo las expensas y mejoras hechas en los dotales inestimados, según las reglas de lo dispuesto con relación al poseedor de buena fe.

b) *Inscripción á nombre de la mujer, ó nota marginal de haber adquirido la calidad de dotales los bienes ya antes inscritos á favor de la misma.*

Consecuencia de la declaración de que el dominio de los bienes dotales inestimados pertenecen á la mujer es la del art. 1.358, de que deben *inscribirse* en el Registro *á nombre de la misma*, si ya no lo estuviesen y *en calidad de dote inestimada*, todos los bienes inmuebles y derechos reales que en tal concepto *recibe* el marido, es decir, que se entreguen al marido para la administración y usufructo que de los mismos le corresponde según el art. 1.357, imponiendo á éste la *obligación* de que tal inscripción se verifique. Complétase este artículo con el 173 de la ley Hipotecaria, relativo al supuesto de que la mujer tuviera ya inscritos como de su propiedad los bienes inmuebles, que hayan de cons-

tituir la dote inestimada ó los parafernales que entregue á su marido, y en este caso dicho artículo, en su primer párrafo, se limita á decir que se hará constar en el Registro la calidad respectiva de unos ú otros bienes por medio de nota marginal, así como en el segundo se refiere al supuesto de que no estén inscritos á favor de la mujer y previene que se inscriban en la forma ordinaria, expresándose en la inscripción su cualidad de dotales ó parafernales; siendo complemento reglamentario de toda esta doctrina los arts. 126 y 129 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, relativos, respectivamente, á ambas hipótesis de estar ó no inscritos anteriormente á la constitución ó entrega de la dote inestimada ó parafernales al marido, los bienes en que consistan.

Comparado el art. 1.358 del Código y el 173 de la ley Hipotecaria, resulta: que el primero se refiere sólo á la hipótesis de que no estén inscritos dichos bienes dotales inestimados en el Registro á favor de la mujer al tiempo de constitución de la dote, imponiendo al marido la obligación de que así se verifique; y el segundo dice relación á ambas hipótesis de que estén ó no inscritos, conservando la misma regla, con la diferencia de no hacer expresa imputación al marido de dicha obligación de que se verifique la inscripción ó nota marginal correspondiente; debiendo ser concordados ambos artículos, para su aplicación, dentro del criterio de adicionarse mutuamente en uno ó en otro sentido.

c) *Enajenación de bienes dotales inestimados ó de los hipotecados en seguridad de la dote.*

Se rige esta materia en el Código por los arts. 1.359, párrafo 2.º, y 1.361, y eran su precedente y complemento en la legislación hipotecaria anterior, los arts. 188 y 191 de la Ley y el 132 y 134 del Reglamento, habiéndose suprimido dichos artículos en la ley reformada por innecesarios, como preceptos sustantivos contenidos ya en el Código en los artículos citados.

Dos necesidades tiene la *explicación* de esta doctrina: es la primera, fijar el sentido y concordancia del art. 1.361 con otros del Código, y es la segunda, determinar su influencia y relaciones con los textos hipotecarios.

Lo primero da lugar al examen de los siguientes puntos:

1.º Si la licencia judicial de que habla dicho artículo ha de entenderse *supletoria* de la marital ó independiente de ella, siendo necesarias ambas.

2.º Si hace falta la justificación de la necesidad ó conveniencia de la enajenación ó gravamen de dichos bienes dotales inestimados, base de la licencia judicial.

3.º Cómo debe complementarse el precepto del 1.361 respecto de la licencia marital, cuando el marido sea menor y su concordancia en este caso con otro artículo del Código, á fin de determinar si significa la necesidad de que el consentimiento del tutor traiga consigo el restablecimiento de todo el antiguo organismo tutelar con su protutor y consejo

de familia, si es que antes lo tuvo ó, en caso contrario, si ha de nombrársele de nuevo para este efecto.

4.º Criterio legal para el caso de mujer casada menor de edad en la enajenación ó gravamen de los bienes dotales inestimados, con análogas dudas en cuanto á resolver si la intervención del tutor tiene igual significación que la concurrencia del consejo de familia, ó sea de todo el régimen tutelar; y, por tanto, si se complementa, como concordantes, con los artículos del Código que se refieren á las funciones normales de dicho organismo.

Por lo que hace á los términos en que está concebido el primer párrafo del art. 1.361 y á sus concordantes con otros del Código, cabría entender, no obstante aquéllos, en una interpretación gramatical, que *suple* á la licencia del marido la judicial é intervención de las personas señaladas en el art. 1.352, en el caso de ser menor la mujer, cuyos bienes de dote inestimada se traten de enajenar, gravar ó hipotecar; ó, lo que es lo mismo, que, cuando fuera menor y sean precisas la licencia judicial é intervención de aquellas personas, no debe reputarse necesaria la licencia marital.

Esta inteligencia es inadmisibles, á pesar de ser la que más se conforma con la letra: porque no hay razón alguna para prescindir de la licencia del marido en el caso de ser la mujer menor de edad y considerarla necesaria en el de ser mayor; porque la licencia judicial no está llamada en este caso á *suplir* la marital, sino el consentimiento de la mujer por no ser mayor, completando su capacidad civil defectuosa con dicha licencia y la intervención de las personas señaladas en el art. 1.352, lo cual, sin duda, es excesivo y complicado; y porque la licencia del marido es la manifestación de un *derecho* que á éste corresponde para permitir ú oponerse á la enajenación, gravamen ó hipoteca de los bienes de la dote inestimada, como administrador y usufructuario que es de ellos á tenor del art. 1.359 y jefe de la sociedad conyugal; aparte la consideración importante de que, conforme al segundo párrafo del mismo art. 1.361, si se enajenaren ó gravaren dichos bienes de la dote inestimada, por este hecho contrae el marido la obligación de constituir hipoteca del propio modo y con igual condición que respecto á los bienes de la dote estimada; obligación que ya sabe es la consecuencia de la licencia que prestara para la enajenación, pero que no sería justo imponerle cuando se le privase del derecho de otorgar ó negar la licencia, prescindiendo de ella y supliéndola tan sólo por la judicial; y, por último, porque este es el sentido que puede concordar con el general del art. 61 respecto á la limitación de capacidad civil de la mujer casada para enajenar bienes y obligarse, que sólo puede hacerlo con la licencia ó poder del marido. Es visto, pues, que la licencia marital no se puede entender *suplida* por la judicial en este caso de enajenación ó gravamen de bienes de la dote inestimada.

Nada dice tampoco de las condiciones con que ha de otorgarse ó los motivos por que ha de negarse esta licencia judicial á la mujer menor

para enajenar, gravar ó hipotecar bienes dotales inestimados; pero es indudable que, calificada la intervención judicial de *licencia*, puede ésta ser concedida ó negada á virtud de motivos que aconsejen una ú otra cosa al criterio judicial, que no pueden ser otros, racionalmente, que los de la conveniencia ó la necesidad, ó falta de una ó de otra en la enajenación ó gravamen proyectado.

Dedúcese de esto que, á pesar de no decirlo el art. 1.361, se impone como preciso en tales casos el requisito previo de alguna alegación y justificación acerca de aquellos extremos que den base de juicio al otorgamiento ó denegación de la licencia judicial, que es, por otra parte, lo dispuesto por el Código en casos análogos, como sucede en los previstos en el 164 respecto de enajenación ó gravamen de bienes de los hijos, hechos por el padre ó por la madre, cuyos actos necesitan causa justificada de utilidad y necesidad, autorización del Juez del domicilio y audiencia del Ministerio fiscal, y en el 270, que, respecto del consejo de familia, prescribe no podrá autorizar al tutor para enajenar ó gravar los bienes del menor ó incapacitado sino por causa de utilidad y necesidad, que el tutor hará constar debidamente.

Lo que el Código no hace en el art. 1.361 es distinguir la situación legal del marido en cuanto á esta licencia, que para dicho fin debe prestar, si ha de ser válida la enajenación, gravamen ó hipoteca de bienes de la dote inestimada, según que aquél sea mayor ó menor. Refiérese indudablemente este artículo sólo al caso de ser el marido mayor de edad, y debe entenderse,—pues no hay otra regla en el Código,—regulado el otro supuesto de ser el marido menor por el art. 59, párrafo 3.º, según el cual en ningún caso podrá el marido, mientras no llegue á la mayor edad, gravar ni enajenar los bienes raíces (1) sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo 2.º de dicho art. 59, ó sea el de su padre, en su defecto el de su madre, y á falta de ambos el de su tutor; doctrina igualmente aplicable á este supuesto de licencia del marido menor para la enajenación, gravamen é hipoteca de bienes de la dote inestimada.

Lo anteriormente indicado se deduce de la concordancia entre los artículos citados y la manera y fines de aplicación *normal* de los preceptos de cada uno, que desde este general y ordinario punto de vista recuerda que la intervención del tutor, en lo que á enajenación ó gravamen de bienes del menor se refiere, puede exigir también la autorización del consejo de familia, á virtud de lo dispuesto en el art. 269, núm. 5.º, así como no podrá otorgarse aquella autorización del consejo sino por

(1) La concordancia, ó mejor, la congruencia, no es completa, puesto que este artículo 59 se refiere sólo á los bienes *raíces*, y en el 1.361 se habla en general de bienes de la dote inestimada, si bien están provistos de reglas por el 1.259 los casos de enajenación de bienes dotales estimados ó inestimados que consistan en efectos públicos, valores cotizables ó bienes fungibles; pero, de todos modos, quedan fuera de estos supuestos del 59 los bienes muebles que tengan la condición específica que señala el 1.359.

causas de *necesidad* ó *utilidad* que el tutor hiciera constar debidamente, conforme al art. 270.

El 1.361 es un precepto especial (1) establecido para una hipótesis concreta de gravamen ó enajenación de bienes de la dote inestimada que, si bien hace mención de personas y de instituciones regidas en el cumplimiento de su función por otros artículos de carácter general en el Código, es visible que no se refiere á ellos, y sólo hace la cita de otro precepto, singular también y próximo, que es el del art. 1.352, relativo á la calificación de la suficiencia de la hipoteca que el marido debe prestar en garantía de la dote cuando la mujer fuese menor; pero es imposible desconocer la prolijidad y complicación de exigir la práctica de todos estos requisitos, incorporándolos nada menos que á la licencia judicial cuando el marido fuese menor, aunque por motivos análogos de general concordancia podría alegarse la duda de si en este caso se ha creído que baste la intervención aislada del tutor, puesto que es el único que se menciona por el art. 1.361, ó si sería preciso que aquél interviniera, en unión del respectivo consejo de familia, para la enajenación ó gravamen de bienes de la dote inestimada, que había de producir dificultades y dilaciones en la ejecución de tales actos, mucho más tratándose de personas que, por estar constituídas en la patria potestad cuando se casaron, no llegaron á tener tutor ni consejo de familia; lo cual exigiría que para este caso singular de enajenación ó gravamen de bienes dotales inestimados á que se contrae el art. 1.361 hubiera necesidad de proceder nada menos que al establecimiento de todo el organismo tutelar, siendo lo cierto que dicho art. 1.361 exige siempre la licencia marital, y no provee, como se ha dicho, al caso de que el marido sea menor. Por tal motivo, hay que remitir este supuesto á la doctrina general, para suplir el defecto de capacidad civil del marido menor en actos de enajenación ó de gravamen de bienes raíces, del párrafo 3.º del art. 59, en sus relaciones con el 2.º del mismo, que pide, no la intervención del tutor, sino el *consentimiento* de éste, en defecto del padre ó de la madre.

Á la vista de ese texto, en su concordancia general con el núm. 5.º del 269 y 270 del Código, parece ser ésta la solución menos arbitraria, porque el valor de la frase *consentimiento de su tutor*, sustituyendo á licencia de un marido menor, equivale á la autorización para este acto de enajenación ó gravamen, cosa que el Código no permite á los tutores sin la autorización del consejo de familia; pero obsérvese que este re-

(1) Por resolución de la Dirección general de los Registros de 3 de Junio de 1890 (*Gaceta* de 4 de Octubre) se declara, en cuanto á la capacidad para enajenar bienes dotales inestimados de la mujer casada menor de edad, que el art. 1.361 del Código es una *excepción y restricción* de la regla general del 317, poco circunscrito por el mismo texto legal á determinados bienes, como son los indicados en la dote inestimada, razón por la que no puede ni debe ser extensivo á otros distintos por impedirlo el art. 317, que, dada su generalidad, no admite más *excepciones* que las que el Código clara y categóricamente tiene establecidas.

quisito es para enajenar y gravar los bienes raíces que sean del mismo menor, y que, extendiendo la concordancia al caso de la licencia marital en bienes de la dote inestimada que son del dominio de la mujer, no sólo se produce esa complicación y prolijidad de formalidades, sino que se extrema demasiado el valor de la concordancia general, ampliándola por analogía á este supuesto.

Esto aconseja la solución de que la licencia marital para la enajenación ó gravamen de bienes de la dote inestimada, cuando el marido sea menor de edad, podrá reputarse legalmente otorgada sin más que el consentimiento del padre, ó, en su defecto, de la madre, y, á falta de ellos, del tutor, *individualmente considerado*, y sin necesidad del concurso del consejo de familia, si antes de casarse hubiera pasado por la situación civil de menor sometido á tutela; y, en el caso contrario, no habrá más remedio que instituir el régimen tutelar para que el tutor que resultare nombrado supla este defecto de capacidad del marido menor, consintiendo ó no, á tenor del párrafo 3.º del art. 59, en que éste preste la licencia marital para la enajenación ó gravamen de los bienes dotales inestimados de la mujer, á no ser que se estimara solución aceptable la interpretativa del nombramiento de un *defensor*, por analogía con lo dispuesto en el art. 165 y como menos complicación y prolijidad que la que produce el establecimiento de ese nuevo régimen tutelar, al efecto sólo indicado de obtener el *consentimiento personal* del tutor, y de que si éste lo negaba faltase la licencia marital para dicha enajenación ó gravamen, haciéndose esto legalmente imposible.

Respecto del supuesto de enajenación y gravamen de bienes de la dote inestimada cuando la mujer casada es menor de edad, se ofrecen iguales dudas acerca de si, llegado el caso de la intervención del tutor, esto significa también la necesidad del concurso del consejo de familia, ó sea la intervención de todo el organismo tutelar según las reglas generales del Código y aplicación concordante, por tanto, de los artículos 269, núm. 5.º y 270; ó, si no es así, puesto que esta hipótesis, dentro de la aplicación del art. 1.361, no es igual á la del art. 59 relativo á la enajenación ó gravamen de los bienes del marido menor y del *consentimiento* del tutor para estos actos, ni de la autorización del consejo de familia con la información de utilidad prestada por el tutor, según los arts. 269, núm. 5.º y 270, sino que en el caso que *explicamos* trátase simplemente de una *licencia* que, por ser *judicial*, no es el llamado á prestarla el tutor de la mujer menor, sino tan sólo de su *intervención*, de la del consejo de familia ó de la de *cualquiera* de sus vocales; lo que prueba que todo esto significa una función fiscal personal, llevada á cabo por cualquiera que tenga una de dichas condiciones y no del *organismo tutelar* entero: y además, al prescribirse únicamente la *intervención* no es lo mismo que si se exigiera el *consentimiento* ó la *autorización*, que los fines de esto último se cumplen con la *licencia judicial*, ya que en aquellos casos del 59, del 269 y 270 no figure ésta para nada.

En el art. 59 es el tutor el que ha de *consentir* ó sea *autorizar* la enajenación ó gravamen, y mal puede *consentir*, á la vez que *intervenir*, como función separada ésta de aquélla y respecto de sí mismo, realizando la fiscal de la *intervención* y la supletoria de capacidad con la *autorización*. En el art. 269 sucede lo propio; es el consejo de familia el que *autoriza* la enajenación ó gravamen de los bienes del menor; el tutor, el que presta la información para que aquélla se otorgue, y el protutor, el que por razón de su cargo fiscaliza.

Por el contrario, en el supuesto del art. 1.361 la venta se hace por y á nombre de la mujer; ella es quien *juridicamente* vende, y el Juez es el que con su licencia suple el defecto de capacidad de la mujer casada menor, mientras que la *intervención* del padre, madre, persona constituyente de la dote, tutor, protutor, consejo de familia ó cualquiera de sus vocales no es más que una *garantía* para que aquella licencia judicial sea convenientemente otorgada ó denegada, teniendo ese elemento más de información y de juicio para lo uno y para lo otro.

Es evidente, aunque el art. 1.361 no lo diga, que la licencia judicial necesaria, cuando la mujer es menor, para la enajenación gravamen ó hipoteca de bienes de la dote inestimada habrá de ser prestada ó negada con el debido conocimiento de causa, que, por analogía, no puede ser otro sino la de motivos justificados de utilidad ó necesidad para aquel gravamen ó enajenación, en cuyo expediente, será en el que podrán tener cumplido efecto las palabras «*intervención* de las personas señaladas en el art. 1.352», ó sea el padre, en su defecto la madre, la persona que hubiera dado la dote, cuyos bienes se trate de enajenar ó gravar, y á falta de estas personas, el tutor, el protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales, pudiendo y debiendo, dentro de dicho expediente, ser oídas las alegaciones y las justificaciones favorables ú opuestas á la concesión de la licencia judicial.

Si la mujer, antes de casarse, hubiera estado sometida á tutela por no haber salido directamente de la patria potestad para contraer matrimonio, parece lo natural que cualquiera de las personas que han de intervenir en la enajenación ó gravamen de sus bienes dotales inestimados, con arreglo á los arts. 1.361 y 1.352, sea una de aquellas que figuraba en el organismo tutelar á que venía sometida antes de contraer matrimonio, lo cual es más expedito; y sin que esto signifique la reaparición de todo el régimen tutelar, cuando únicamente se trate de la intervención personal de alguno de los que en él figuraron, por el orden en que los menciona dicho art. 1.352.

De mayor dificultad parece la solución en el caso de que la mujer, antes de contraer matrimonio, no hubiera estado sometida á tutela, por haber pasado directamente del estado de hija de familia, constituida en patria potestad, al de mujer casada, pues resulta excesivamente complicado y prolijo instituir todo un sistema tutelar para el solo fin de *extraer* de él una persona que, como tutor, protutor, consejo de familia ó cualquiera de sus vocales, cumpla el requisito de *intervenir* en el

expediente de licencia judicial necesario para que la mujer menor enajene, grave ó hipoteque bienes de la dote inestimada; y puesto que esa intervención es meramente personal, y limitada á estos fines de garantía, para que dicha licencia se dé con el mayor conocimiento de causa posible, mejor hubiera hecho el Código en prever esta hipótesis de falta de antecedente de tutela en la mujer casada de que se trata y proveer de solución el caso con el remedio del art. 165, de nombramiento de un *defensor*—incompleta equivalencia del antiguo curador *ad litem*,—ya por tratarse de una intervención limitada á un caso singular, ya porque si éste es garantía bastante para la ley cuando existe incompatibilidad de intereses entre el padre ó madre y el hijo, y ésa la manera de proveer entonces á la representación del hijo menor, parece una solución recomendable, de carácter análogo y de suficiente garantía á los fines de intervención que establece el art. 1.361, y mucho más cuando ha de ser el Juez el que, en definitiva, otorgue ó niegue la licencia para este caso de enajenación ó gravamen de bienes dotales inestimados de la mujer casada menor, ya que no puede acudir si quiera al recurso de la tutela dativa. Sin embargo, confesemos que esta solución no está prevista en el Código, que hace sólo mención de aquellos elementos procedentes de la tutela, y sería de desear que la jurisprudencia la introdujera á título de suplemento ó concordancia de sentido general en la aplicación del Código.

Nótese que la palabra *intervención* de cualquiera de esas personas á que se refiere el art. 1.352—padre, madre, etc.;—y que previene el 1.361, como necesario requisito, en la enajenación, gravamen ó hipoteca de bienes de la dote inestimada, ni es lo mismo que licencia ó consentimiento, ni puede quedar reducida á una condición de mera y formal concurrencia.

Refiérase el art. 1.361 á las personas que hubieran sido tutor, protutor ó consejo de familia, cuando la mujer casada menor pase antes de casarse por la situación civil de tal, ó refiérase á que, *en todo caso*, aunque no haya pasado por esa situación civil de menor, intermedia entre su condición de hija sometida á la patria potestad y la de mujer casada todavía menor, valía la pena de que la redacción del Código no se ofreciera con tales ambigüedades, sólo posibles de explicar, y no de manera concluyente, mediante esta serie laboriosa de distinciones y deducciones.

En suma, y por lo que respecta á este particular de directa *explicación* del art. 1.361, en relación con sus concordantes 1.352, segundo y tercer párrafo del 59, y en cuanto pudiera decirse que lo son también los artículos 269, 270, y aun el 165, hay que distinguir las siguientes hipótesis:

- 1.<sup>a</sup> Que el marido y la mujer sean *mayores* de edad.
- 2.<sup>a</sup> Que el marido sea *menor* y tenga ó no padre ó madre, exista la persona de quien procedan los bienes dotales y haya tenido ó no tutor, protutor y consejo de familia antes de casarse y la mujer sea *mayor* de edad.

3.<sup>a</sup> Que el marido sea *mayor* y la mujer *menor* de edad y tenga ó no padre ó madre, exista la persona de quien procedan los bienes dotales, y haya tenido ó no tutor, protutor y consejo de familia antes de casarse.

4.<sup>a</sup> Que marido y mujer sean *menores* y tengan ó no padre ó madre, exista la persona de quien procedan los bienes dotales ó haya tenido ó no tutor, protutor y consejo de familia antes de casarse.

Ahora bien; para enajenar, gravar ó hipotecar con eficacia legal bienes de la dote inestimada en cada uno de los supuestos anteriores, las reglas de Derecho, producto de la concordancia de los artículos del Código antes indicados, serán las siguientes:

*Primera.* En el primero, la venta se hace por y á nombre de la mujer, por consiguiente, con su voluntad; pero esto no basta si no cuenta con la *licencia* del marido, sin que dicha licencia, cuando es negada, pueda ser suplida por la autorización judicial; pues ni el art. 1.361, que es el precepto especial, lo dice, ni el general del 61 (1) establece la doctrina de que la licencia marital se supla por la judicial, limitándose tal carácter de *supletoria* en la última, respecto de la primera, á tenor de lo dispuesto en el art. 60 (2), sólo á ciertos casos de comparecencia en juicio.

*Segunda.* En este supuesto, lo que necesita completarse es el defecto de capacidad del marido para dar su *licencia marital*, y la solución dentro del Código, según lo expuesto, no puede ser otra que la del consentimiento del tutor para que dicha licencia judicial se preste á virtud de la concordancia con el 1.361 del precepto general del 59, párrafos 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup>, en el caso de que ese marido menor haya estado sometido á la tutela antes de casarse, para que tal facultad pueda ejercerla el que hubiere sido su tutor: pero si hubiera pasado directamente de su condición de hijo sometido á la patria potestad á la de emancipado por el matrimonio, se impondrá legalmente, como solución de estricta observancia del Código, la indicada del establecimiento de un régimen tutelar, y como menos compleja, de índole interpretativa por analogía y apreciación racional del caso, podría tal vez prosperar en la jurisprudencia la del nombramiento de un *defensor*, á semejanza de lo que se previene para el supuesto del art. 165, según se deja antes expresado.

*Tercera.* En el tercero de los supuestos precedentes, además de la *licencia* del marido *mayor*, son indispensables otros dos requisitos que completen el defecto de capacidad de la mujer casada *menor*, para que ésta pueda enajenar, gravar é hipotecar los bienes de la dote inestimada. Tales son, la *licencia judicial* y la *intervención* de una de estas personas: el padre, la madre, el constituyente de la dote de cuyos bienes se trate, el tutor, el protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales, que lo *hubieran sido*, si antes de casarse estuvo sujeta á tutela; pero si no lo estuvo y pasó directamente de la patria potestad á la condición

(1) Explicado en los núms. 40 á 49, cap. 17 de este tomo.

(2) Idem en los núms. 36 á 39, cap. 17 de este tomo.

de *emancipada* por el matrimonio, lo estrictamente legal será proveerla del organismo tutelar por los medios generales de la ley para que se cumpla el requisito prevenido por el art. 1.361 de intervención de *las personas señaladas* en el 1.352, que son, á falta del padre, la madre ó el que diera la dote, el tutor, el protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales.

El texto del art. 1.361, en su referencia al 1.352, se presta á tres inteligencias, á saber:

1.<sup>a</sup> La de que no es solo el tutor, ni solo el protutor, ni solo el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales, sino que la intervención es referida *conjuntamente* al tutor, al protutor y al consejo de familia, ó suplido éste por cualquiera de sus vocales; ya porque esta designación de personas no deba entenderse hecha *subsidiariamente* de las unas respecto de las otras, ya porque lo de cualquiera de sus vocales sólo se refiere al consejo de familia, ya porque lo mismo el art. 1.361 que el 1.352 los designan *conjuntamente* en defecto de padre, madre ó del que diera la dote, ya también porque, de entenderse de otro modo, como no cabe que haya organización tutelar sin tutor, la presencia de éste haría inútil y baldía la misión del protutor, del consejo de familia ó de cualquiera de sus vocales, que nunca llegarían á *intervenir* por la prioridad de mención que el artículo hace del tutor, si esta intervención se reputaba de aquel carácter personal y subsidiario de los unos respecto de los otros, antes indicados.

2.<sup>a</sup> La solución de carácter *electivo*, la cual pudiera prestarse al fraude, eligiéndose para intervenir en el expediente, base de la licencia judicial, unas veces al tutor, otras al protutor y otras á cualquier vocal del consejo de familia, según que se le creyera más favorable ó adverso á la concesión de dicha licencia y á la enajenación ó gravamen que ésta había de autorizar.

3.<sup>a</sup> La de que baste la intervención *individual* de cualquiera de esas personas, bien la del tutor, bien la del protutor, bien la de cualquiera de los vocales del consejo de familia; que es la más expedita y menos complicada en la práctica.

Menos legal, aunque tal vez racional y suficiente, sería la solución, según ya se ha dicho, de lo que en el Derecho antiguo se llamaba un curador *ad litem*, de modo deficiente reemplazado en el Código para alguna aplicación parcial, por el nombramiento de un *defensor*, á que se refiere, para otra hipótesis de cierta analogía, el art. 165.

*Cuarta.* En el supuesto cuarto, la solución es el resultado de combinar las dos anteriores, en cuanto á la condición respectiva de *menor edad* de ambos cónyuges.

«Aunque nuestro Derecho escrito, como queda dicho, establece el principio de que el marido es el dueño de la dote, no le permite enajenar la inestimada por estar obligado á restituir lo mismo que recibió: por esto, bajo cierto aspecto, puede decirse que esta dote corresponde á los bienes de la mujer. Resulta de aquí que, en rigor de Derecho, la dote inestimada es inalienable y