

6º Los menores y demás incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren.

La concesión de este derecho á los menores y demás incapacitados, no es más que la sanción del deber que tienen los tutores de garantizar su manejo como administradores de bienes ajenos, cuya obligación, impuesta también por el artículo 578 del Código, tienen que llenar antes de que se les discierna el cargo.¹

La ley equipara á los ausentes con los incapacitados en cuanto á la administración de sus bienes, y por lo mismo, impone á los representantes de ellos las mismas obligaciones, facultades y restricciones que á los tutores. De donde se infiere, que tienen también el deber de constituir la hipoteca necesaria á favor de sus representados, aunque no se les exija (art. 707, Cód. Civ.).²

Pero la constitución de la hipoteca para garantizar los bienes de los hijos de familia, de los menores y de los demás incapacitados, se rige por las disposiciones contenidas en los capítulos 2º, tít. 8º, 13, tít. 9, y 1º y 3º, tít. 13 del Código Civil, relativos á la patria potestad, á la tutela y á los ausentes é ignorados, cuyo estudio hicimos en el tomo I de esta obra.³

Es decir, que la constitución de la hipoteca se rige por tales disposiciones en cuanto á su importe, y por tanto, debe otorgarse:

1º Por el importe de las rentas de los bienes raíces y réditos de los capitales impuestos:

2º Por el de los bienes muebles y el de los enseres y semovientes de las fincas rústicas:

3º Por el de los productos de las mismas fincas, graduados por peritos ó por el término medio en un quinquenio, á elección del juez:

1 Artículo 480, Cód. Civ. de 1884.

2 Artículo 609, Cód. Civ. de 1884.

3 Páginas 279, 359 y 445.

4º Por el de las utilidades anuales en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma, ó á juicio de peritos (art. 581, Cód. Civ.).¹

7º La mujer casada, sobre los bienes de su marido, por la dote y bienes parafernales, siempre que la entrega de unos y otros, conste por escritura pública.

8º La mujer casada, por las donaciones antenuptiales que le hayan sido hechas por el marido conforme á la ley.

“La hipoteca de la mujer casada, dice Thezard, fué instituída por Justiniano. Antes de él, la mujer no tenía, en concurrencia con los acreedores del marido, más que un simple *privilegium inter chirografarios*. Justiniano le atribuyó por una constitución, una hipoteca tácita sobre los mismos bienes que constituían la dote, á la vez que, por una inconsecuencia singular, le reconocía la propiedad real de estos bienes: después extendió la hipoteca á todos los bienes del marido; en fin, por otra constitución, otorgó un favor excesivo para el interés de las mujeres, en detrimento de derechos adquiridos, y declaró que esta hipoteca sería preferida aun á los acreedores del marido, que tuvieran una hipoteca anterior al matrimonio.²

Las leyes de las Partidas siguieron un sistema semejante, pues la ley 23, título 13, Part. 5ª, declara que los bienes del marido fincan obligados á la mujer por razón de la dote y otorga privilegio á esta hipoteca respecto de los acreedores posteriores, pero no á los anteriores expresos, como lo demuestran las siguientes palabras de la ley 33: “Otrosí la muger en bienes de su marido; fueras ende en un caso: si el debdo primero es sobre peño que oviese empeñado alguno señaladamente..... Ca entonce tal debdo como este, que

1 Artículo 483, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 1ª, pág. 363, tomo I de esta obra.

2 Pág. 127.

fuese primero, ante debe ser pagado, que el otro de la Cámara del Rey, nin el dote de la mujer.”

Es decir, que nuestra antigua legislación sancionó el sistema según el cual la mujer era preferida á todos los acreedores hipotecarios expresos y tácitos posteriores y á los tácitos anteriores, pero no á los expresos anteriores.

El Código Civil ha conservado á la mujer la hipoteca por sus bienes dotales, pero á diferencia de la legislación antigua, no produce efecto contra tercero sino en virtud de su inscripción en el Registro público.

La hipoteca necesaria que la ley otorga á la mujer casada, se funda en su estado de sumisión al marido, que como jefe de la familia debe tener cierta libertad para disponer de aquello que recibe para subvenir á las cargas del matrimonio; pero no tanta que prive á la mujer de sus bienes, lo cual sería muy fácil, porque podía ser inducida por aquél á consentir obligaciones ó enajenaciones perjudiciales á sus intereses.

Por este motivo viene la ley en auxilio de la mujer, y la garantiza contra la disminución ó la pérdida total de su patrimonio, mediante la hipoteca necesaria que tiene derecho de exigir de su marido, y la constitución de ella por éste, aunque no se le exija.

Pero la ley no permite á la mujer el ejercicio de ese derecho, sino á condición de que la entrega de la dote y de los bienes parafernales conste por escritura pública, á fin de evitar los fraudes que fácilmente cometerían los maridos, con perjuicio de sus acreedores, haciendo aparecer á sus mujeres como acreedoras de una dote ó de unos bienes propios no aportados al matrimonio.

La hipoteca á que tiene derecho la mujer se debe constituir:

1º Por la dote: esto es, por la cosa ó cantidad que la mujer, ú otro en su nombre, da al marido con el objeto expreso

de ayudarle á sostener las cargas del matrimonio (art. 2,251, Cód. Civ.):¹

2º Por los bienes parafernales: esto es, aquellos que además de la dote lleva la mujer al matrimonio como suyos, ó los que adquiere durante él por cualquier título lucrativo, como herencia, etc.:²

3º Por las donaciones antenuptiales que el marido le haya hecho conforme á la ley.

La mujer goza del derecho de exigir que se le otorgue la hipoteca en cualquier tiempo en que se constituya la dote; y respecto de las donaciones antenuptiales, sólo en el caso en que se hayan ofrecido como aumento de la dote, pues si se ofrecen sin este requisito, sólo producen obligación personal, y queda al arbitrio del marido asegurarlas ó no con hipoteca (arts. 2,002 y 2,003, Cód. Civ.).³

Comentando Gutiérrez Fernández el artículo 178 de la Ley Hipotecaria española, de donde está tomado el principio que acabamos de establecer, dice con justicia: “No encontramos razón para haber limitado la hipoteca á las arras dadas como aumento de dote, pues de la misma suerte que el marido asegura con hipoteca especial suficiente los bienes que se le entreguen por razón de matrimonio, debería asegurar las arras y las donaciones que no crean sólo una esperanza sino que fundan un derecho.”⁴

La constitución de la hipoteca para asegurar la dote, puede pedirse:

1º Por la mujer, si fuere mayor:

2º Por el que haya dado la dote:

3º Por los padres de la mujer, aunque ellos no dieran la dote:

1 Artículo 2,119, Cód. Civ. de 1884.

2 Ley 17, tít. 11, Part. 4ª

3 Artículo 1,875, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 1ª, pág. 72.

4 Tomo V, pág. 411.

4º Por el tutor:

5º Por el Ministerio Público, si ninguna de las personas mencionadas exigiere la constitución de la hipoteca (arts. 2,004 y 2,005, Cód. Civ.).¹

En la enumeración que precede demuestra la ley el interés que tiene en la protección de la mujer, pues no sólo le otorga el derecho de exigir al marido la constitución de la hipoteca que asegura la conservación de sus bienes, sino que previendo el caso en que prescinda de ese derecho por afecto ó por temor á su consorte, otorga la misma facultad á las personas particularmente interesadas en que se conserven sus bienes, como son la que dió la dote y los padres de la misma mujer.

También le otorga la misma facultad al tutor, la cual creemos que puede usar solamente hasta la celebración del matrimonio, pues hasta entonces duran la tutela y los derechos y obligaciones inherentes á ella, supuesto que por el matrimonio se emancipan los menores de edad y termina ó se extingue aquel cargo.

Los términos del artículo 2,004 del Código Civil, que concede derecho al tutor para exigir la hipoteca, nos demuestran claramente que no le imponen á éste una obligación, sino que le otorgan una facultad, de la cual puede ó no usar, según su arbitrio, sin que incurra en responsabilidad alguna si no la ejerce.

Lamentamos sinceramente que el Código haya adoptado tal sistema, que hace ineficaces sus benéficos preceptos, encaminados á la conservación de los bienes dotales de la mujer, pues sin duda habría sido mejor que se hubiera impuesto al tutor la obligación indeclinable de exigir la hipoteca, haciéndole responsable de los daños y perjuicios que resultaran de su omisión.

¹ Artículo 1,878, Cód. Civ. de 1884. En este precepto fueron refundidos los artículos 2,004, 2,005 y 1,999 del Cód. de 1870. Véase la nota 2ª, pág. 71.

El Ministerio Público tiene también derecho para exigir la hipoteca, porque está creado exclusivamente para defender los fueros de la ley y vigilar por los intereses de los incapaces. Pero ese derecho no es, á nuestro juicio, facultativo, sino que es más bien una obligación inherente al cargo; y en consecuencia, los representantes del Ministerio Público tienen el imprescindible deber de exigir que se constituya la hipoteca á favor de las mujeres casadas, tan luego como tuvieren noticia de sus respectivos matrimonios y de que los padres y demás personas designadas por la ley no han pretendido la constitución de esa garantía.

La acción de la mujer para pedir la constitución de la hipoteca, es imprescriptible; es decir, dura tanto tiempo cuanto permanecen en poder del marido sus bienes dotales y parafernales, de manera, que mientras no se le restituyan, tiene derecho de que se le otorgue esa hipoteca que garantice su devolución (art. 2,006, Cód. Civ.).¹

La razón es, porque siendo la causa de tal garantía la obligación que el marido tiene de devolver esos bienes, mientras no los restituya, existe necesariamente esa causa, y por consiguiente subsiste también su efecto jurídico, que es el derecho de la mujer para exigir la constitución de la hipoteca.

Pudiera acontecer que el marido careciera de bienes inmuebles para constituir la hipoteca, y por tanto, que la mujer estuviera expuesta á perder su dote ó su patrimonio; pero previendo el Código tal evento, declara en el artículo 2,001, que si los bienes dotales ó parafernales fueren raíces, puede la mujer exigir que sobre ellos se constituya de preferencia la hipoteca.²

Pero no es la consideración indicada la única que funda

¹ Artículo 1,879, Cód. Civ. de 1884.

² Artículo 1,876, Cód. Civ. de 1884.

al precepto aludido, sino también la que nace de la distinción que se hace de la dote en estimada é inestimada y de los efectos jurídicos que produce, como se infiere de los siguientes conceptos, que tomamos del comentario de Pantoja al artículo 169 de la Ley Hipotecaria Española, que sanciona el mismo principio.¹

“Dote *estimada* se llama cuando los bienes en que consiste, se entregan apreciados y en forma de venta, de modo que el marido los hace suyos, con la obligación de restituir su importe á la disolución del matrimonio; *inestimada*, cuando se entregan con aprecio ó sin él, pero sin causar venta, con la condición de que el marido los haya de devolver íntegramente. Es decir, en la primera, el marido es deudor de género, al paso que en la segunda, lo es de especie.”

“Cuando la dote es estimada, el marido se hace completamente dueño de los bienes dotales, y puede disponer libremente de ellos, aun sin consentimiento de la mujer, porque hay una verdadera venta, aunque no tan perfecta como en los casos comunes, puesto que el precio de la cosa vendida ó recibida no se entrega hasta la disolución del matrimonio. Verificándose, pues, una verdadera traslación de dominio, preciso era que la *Ley*, en este caso, como en los demás en que se trasfiere la propiedad, prescribiera la inscripción en el Registro, como efectivamente lo establece á favor del comprador, que aquí lo es el marido; pero como éste no paga el precio, como está obligado á su pago, y hasta cierto punto nadie hace suyo lo que compra hasta que paga la cantidad que se obligó á satisfacer, esta será una carga que afecte siempre á los bienes de aquél, en favor de la mujer ó de sus herederos. Por esta razón prescribe la *Ley* en el artículo 172, que al inscribirse en el Registro de la propiedad á favor del marido, se inscriban en el de hipotecas

¹ Tomo I, pág. 426.

á favor de la mujer. Esto se verifica cuando toda la dote consiste en bienes inmuebles ó derechos reales impuestos sobre los de la misma clase; pues cuando el todo ó alguna parte de los dotales consistan en muebles ó semovientes, el marido estará obligado á hipotecar bienes de los de su propiedad hasta en cantidad suficiente á responder de su importe, y si en la época en que se entrega la dote no los tuviera, lo deberá verificar con los primeros que adquiriera.”¹

“Cuando la dote es inestimada y consiste en bienes inmuebles que se entregan al marido con la obligación de conservarlos y restituirlos en su día, es claro que el dominio de ellos no sale de la mujer, y que al marido sólo corresponde la administración y el usufructo, para con él atender á las cargas y gastos del matrimonio. La dote inestimada, pues, es inalienable, y el daño ó aumento que esta clase de dotes sufran, corresponde á la mujer, á diferencia de lo que sucede en la estimada, que corresponde al marido.”

En idénticos términos se expresan los autores de la Ley Hipotecaria en su Exposición de motivos; y Gutiérrez Fernández, al comentar aquella, dice: “En su consecuencia, dispone que el marido constituya hipoteca sobre los mismos bienes de la mujer, bienes que hace suyos, pero que no son libres, pues los recibe con obligación de satisfacer su importe. La hipoteca especial sirve para dar á conocer que los bienes responden especialmente de su propio valor; su inscripción es la voz de alerta para que el tercero que adquiere esos bienes, sepa cuáles son sus cargas y no sufra perjuicio por causas que ignoró.”²

Hemos hecho las inserciones que preceden, porque no podíamos dar explicaciones más claras y concisas sobre la inteligencia del precepto que nos ocupa, que las que dan los

¹ El artículo 172 de la Ley Hipotecaria, corresponde al 2,027 del Cód. de 1870, reproducido en el 1,900 del Cód. de 1884.

² Tomo V, pág. 404.

autores citados, fundadas nada menos que en las de los jurisconsultos que redactaron la Ley Hipotecaria de España, cuyos preceptos han sido reproducidos casi en su totalidad por nuestro Código Civil.

Lamentamos que este ordenamiento haya reproducido de una manera incompleta esos preceptos, pues así resulta difícil su inteligencia, cuya circunstancia nos ha obligado á hacer las anteriores inserciones.

En cuanto á los bienes parafernales, se ha establecido el mismo principio, porque siempre se les ha asimilado á la dote, y la mujer ha disfrutado respecto de ellos, de los mismos derechos.

Cuando los bienes dotales consisten en rentas ó pensiones perpetuas, si llegan á enajenarse, se debe asegurar su devolución, constituyendo hipoteca por el capital que al interés legal produzca la misma renta ó pensión, supuesto que ninguna hipoteca se admite que no sea por cantidad fija; pero si las pensiones fueren temporales, y pudieren y debieren subsistir después de la disolución del matrimonio, se debe constituir la hipoteca por la cantidad que convengan los cónyuges; y si no se convinieren, por la que fije el juez (arts. 2,009 y 2,010, Cód. Civ.).¹

Cuando el marido no hubiere constituido hipoteca dotal y comenzare á dilapidar sus bienes, queda á salvo á la mujer el derecho que le conceden las leyes, para exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro, ó se pongan en administraci6n (art. 2,007, Cód. Civ.).²

La mente del Código Civil, al sancionar este principio, ha sido, proteger los bienes de la mujer por todos los medios posibles, declarando subsistentes las leyes que regían

¹ Artículos 1,882 y 1,883, Cód. Civ. de 1884.

² Artículo 1,880, Cód. Civ. de 1884.

antes de su vigencia, entre las cuales existe la ley 29, título 11, Partida 4.^a, que sanciona el mismo principio, encaminado á evitar los perjuicios que pudiera causar á la mujer la conducta reprensible del marido que no ha garantizado la restitución de los bienes dotales.

El Sr. Lozano sostiene, que el derecho que otorga el precepto citado, se refiere al que le concede el mismo Código á la mujer para pedir al juez que limite las facultades del marido, ó le prive de la administraci6n de los bienes dotales, según lo establece el artículo 2,306; pero por más que tal opini6n sea autorizada, y de que en realidad el derecho á que aludimos, conduzca á la separaci6n de los bienes de la sociedad legal que existe entre el marido y la mujer, por el hecho solo del matrimonio, sin embargo, nos atrevemos á sostener que la mente del principio sancionado por el Código no es sino la que antes indicamos.¹

Nos fundamos para hacer tal aseveraci6n, en la circunstancia de que, el precepto que sanciona ese principio está literalmente copiado del artículo 187 de la Ley Hipotecaria Española, cuyos autores dicen en la Exposici6n de motivos: "Por una ley especial no deben considerarse como derogadas leyes anteriores que tienen un carácter más general, siempre que sean compatibles con ella y quepan en su espíritu." Por ese motivo sostienen los comentaristas, que ese precepto ha declarado subsistentes las leyes del título 11, Partida 4.^a, sin las cuales habría un gran vacío, porque han sido dictadas para evitar los perjuicios que á la mujer podría traer que su marido comenzara á dilapidar los bienes que le entregara antes de constituir la hipoteca dotal que los pusiera en seguridad.²

Pudiera suceder que la mujer hubiere aceptado como hi-

¹ Derecho Hipotecario, pág. 185.

² Pantoja, tomo I, pág. 453; Gutiérrez Fernández, tomo V, pág. 417.