

Artículo 1406.—La constitucion de hipoteca é inscripcion de bienes de que trata el art. 1396 (169 de la ley), sólo podrán exigirse por la misma mujer, si estuviere casada y fuere mayor de edad.

Si no hubiere contraído aún matrimonio, ó habiéndolo contraído fuere menor, deberán ejercitar aquel derecho en su nombre, y calificar la suficiencia de la hipoteca que se constituya, el padre, la madre, ó el que diere la dote ó los bienes que se deban asegurar.

A falta de estas personas, y siendo menor la mujer, esté ó no casada, deberá pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el curador, si lo hubiere.

ORIGENES

Art. 182, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

El precepto del párrafo primero de este artículo debe entenderse en armonía con el del art. 1401 (174 de la ley), que dispone que el registrador, siempre que inscriba bienes de la dote estimada á favor del marido, deberá hacer de oficio la inscripcion hipotecaria en favor de la mujer.

Respecto á quién tenga el derecho de exigir la constitucion de la hipoteca, así como á calificar la suficiencia de la misma, la ley distingue dos casos; si la mujer es mayor de edad ó si es menor.

Si es mayor de edad, hay que distinguir si está casada ó no lo está aún. En el primer caso, esto es, siendo mayor de edad y casada, únicamente á ella corresponden aquellas facultades: en el segundo, esto es, siendo mayor de edad pero no habiéndose celebrado aún el matrimonio, corresponden al que constituyó la dote, ó al padre ó madre, segun los casos.

Si la mujer es menor de edad, esté ó no casada, solamente podrán pedir que se hagan efectivos aquellos derechos el que dotó, ó la persona que haya tenido ó tenga la patria potestad, ó el curador en su defecto, siendo la mujer menor.

En cuanto á la preferencia para exigir la constitucion de la hipoteca y calificar la suficiencia de la misma entre las personas que se enumeran en el artículo que comentamos, se

observarán las reglas y prescripciones del artículo 1409 (185 de la ley), como veremos oportunamente.

Suscitan algunos la duda de quién deberá calificar la suficiencia de la hipoteca cuando ésta se constituye siendo la mujer soltera y mayor de edad, pero viviendo en compañía de su padre ó madre, suponiendo que si bien en este caso tiene la hija capacidad para hacer aquella calificacion, debe ejercer esta facultad estando presente su padre, y en su defecto la madre, de acuerdo y conformidad con éstos.

En nuestro humilde concepto, el artículo no motiva semejante duda, pues como acabamos de decir, establece terminantemente que personas pueden calificar la suficiencia de la hipoteca cuando la mujer es soltera y mayor de edad.

Por otra parte, no estamos conformes con el razonamiento en que se fundan los que, creyendo posible la duda, la resuelven en el sentido que hemos dicho, como tampoco lo estamos en cuanto á la resolucion misma de la pretendida dificultad.

La consideracion de que emancipada de derecho la hija al cumplir la mayor edad, vivirá ordinariamente en la familia mientras permanezca soltera, con lo cual no queda emancipada de hecho, nos parece que por sí sola, ni hubiera sido suficiente para inspirar al legislador el precepto que comentamos, ni en caso de ser fundada la duda, bastaría para resolverla, puesto que en algunos casos la hija podrá vivir sin hallarse en compañía de sus padres, con lo cual resulta que aquel razonamiento y la solucion consiguiente no evitan todas las dificultades ni son aplicables á los diversos casos que puedan presentarse.

No juzgamos necesario, por otra parte, que la hija concorra á calificar la suficiencia de la hipoteca en el caso á que nos referimos.

Artículo 1407.—Si el curador no pidiere la constitucion de la hipoteca, el fiscal del Tribunal de partido denunciará el hecho al Juez ó Tribunal que le haya discernido el cargo, para que proceda á lo que haya lugar.

En defecto de curador, el mismo fiscal solicitará de oficio, ó á instancia de cualquier persona, que se compela al marido al otorgamiento de la hipoteca.

Los Jueces municipales tendrán también

obligacion de excitar el celo del Ministerio fiscal, á fin de que cumpla lo preceptuado en el párrafo anterior.

ORIGENES

Art. 183, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

No ha escaseado el legislador los medios de que la mujer huérfana y menor de edad adquiera la garantía hipotecaria que por su dote ha de constituir el que es ó ha de ser su marido; así es que, en prevision de la negligencia del curador, ha impuesto á los fiscales y jueces municipales las obligaciones que detalla este artículo.

Artículo 1408.—El curador de la mujer podrá pedir la hipoteca dotal, aunque exista la madre ó el que haya dado la dote, si no lo hicieron una ni otro dentro de los treinta días siguientes á la entrega de la dote.

También deberá el curador calificar y admitir la hipoteca ofrecida si se negaren á hacerlo la misma madre ó la persona que haya dado la dote.

ORIGENES

Art. 184, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Desde luego se comprende que despues de la ley del Matrimonio civil que confiere á la madre la patria potestad en defecto del padre, este artículo ha quedado en parte derogado por aquella ley, y por tanto que sólo tendrá aplicacion cuando se trate de huérfanos que lo fueran con anterioridad á 1870, que son los únicos cuyas madres no han adquirido aquella potestad. En este concepto, pues, el precepto legal que comentamos se halla derogado. Podiéramos haber redactado el artículo en esta forma: «El curador de la mujer podrá pedir la hipoteca dotal aunque exista el que haya dado la dote, si éste no lo hiciere dentro de los treinta días siguientes á la entrega de la dote. También deberá el curador calificar y admitir la hipoteca ofrecida si se negare á hacerlo la persona que haya dado la dote,» que es lo vigente; pero hemos preferido conservar este artículo tal como está en las ediciones oficiales, ya que en éstas, á

pesar de ser posteriores á 1870, no se han introducido, ignoramos por qué causa, las reformas indispensables que han de poner en armonía esta ley con las demas vigentes.

Artículo 1409.—Pedida judicialmente la hipoteca dotal por cualquiera de las personas indicadas en el segundo párrafo del artículo 1406 (182 de la ley), se observarán para su calificacion y admision las reglas siguientes:

1.ª Si la dote fuere dada por el padre, por la madre ó por ambos, ó se constituyere con bienes propios de la hija, la calificacion y admision de la hipoteca corresponderán, en primer lugar, al padre, en su defecto á la madre, y por falta de ambos, al curador.

2.ª Si la dote ó bienes que deban asegurarse fueren dados por cualquiera otra persona, corresponderán á ésta la calificacion y admision de la hipoteca, y sólo cuando ella no las hiciere, despues de requerida, podrán ejercitar igual derecho el padre, ó la madre en su defecto, y el curador á falta de ambos.

3.ª El que deba calificar la hipoteca podrá oponerse á su admision, bien por considerar insuficientes los bienes ofrecidos en garantía, ó bien por cualquiera otra causa que pueda afectar á su validez; mas si la oposicion no fuere fundada, el juez lo declarará así y admitirá la hipoteca.

ORIGENES

Art. 185, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Es tan clara la disposicion de la ley, que no es necesaria explicacion de las reglas que contiene. Téngase presente tan sólo que lo prevenido en este artículo debe entenderse en armonía con el precepto del artículo anterior.

Artículo 1410.—Si el marido careciere de bienes con que constituir la hipoteca de que trata el núm. 3.º del art. 1396 (169 de la ley), quedará obligado á constituirla sobre los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera; pero sin que esta obligacion

pueda perjudicar á tercero mientras no se inscriba la hipoteca.

ORÍGENES

Art. 186, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

El marido que al tiempo de contraer matrimonio ó de recibir la dote carece de bienes hipotecables, no por eso queda relevado de la obligación que la ley le impone. Así, pues, tan luego como adquiriera bienes que puedan hipotecarse, deberá constituir la correspondiente hipoteca. El marido deberá hacer constar esta obligación, y que se compromete á hipotecar los primeros bienes que adquiriera mediante una declaración solemne en la misma escritura dotal, á no ser que la mujer, siendo mayor de edad y enterada por el notario de su derecho, dispense al marido de aquel requisito.

Aunque la obligación del marido arranque de aquella escritura, la hipoteca no produce sus efectos hasta que se constituye, por lo cual no puede perjudicar á tercero mientras no se inscriba en el registro en la forma ordinaria.

Artículo 1411.—Cuando el marido no hubiere constituido hipoteca dotal y comenzare á dilapidar sus bienes, tendrá la mujer derecho á exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro, se pongan en administración, ó preste el marido fianza de no enajenarlos.

Lo prevenido en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando el marido se hiciere pobre sin su culpa.

ORÍGENES

Ley 29, tit. XI, Partida 4.^a

Art. 187, ley Hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1443, Cód. Francia.—1418 Italia.—241 Holanda.—1219 Portugal.—1471 Bolivia.—2399 y 2401 Luisiana.—1303 Valais.—1173 Neufchatel.

JURISPRUDENCIA

Segun la ley de Partida, la mujer casada sólo puede reclamar durante el matrimonio su dote cuando el marido viene á pobreza por su culpa,

y aún en este caso puede optar por garantizarla, ganando con ella derechamente (Sentencia 3 Junio 1872).

Segun la ley 29, tit. XI, Partida 4.^a, la mujer casada, en los casos que expresa, puede demandar al marido que le entregue la dote ó dé fianza de que no enajenará, ó la ponga en mano de un tercero que la cuide y administre, destinando sus productos al sostenimiento de la sociedad conyugal. (Sent. 21 Noviembre 1876).

Formulada la demanda con sujeción á la ley 29, tit. XI, Partida 4.^a, dejando á la voluntad del demandado la elección de uno de los tres medios legales de asegurarse la integridad de la dote y caudal de la demandante, la sentencia que señaladamente condena al marido á entregar la dote que se había ofrecido á afianzar con hipoteca, infringe dicha ley y las demas que quedan citadas, porque ni se conforma con la demanda en la manera en que fué propuesta, ni sostiene al demandado en el derecho de escoger entre las tres formas que la ley ofrece de solventar su obligación (Id. id. id.)

COMENTARIO

De la combinación de la ley de Partidas con el artículo de la Hipotecaria resulta nuestro artículo.

El de la ley Hipotecaria dice solamente:

«Cuando el marido no hubiere constituido hipoteca dotal y comenzare á dilapidar sus bienes, quedará 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 administración.»

La ley de Partida dispone que «Baratador é destruidor seyendo el marido de lo que oviere, de manera que entendiesse la muger, que venia el marido á pobreza por su culpa; assi como si fuesse jugador, ó oviesse en si otras malas costumbres, porque destruyesse lo suyo locamente; si temiere la muger que le desgastara ó le malmetiera su dote, puedele demandar por juyzio quel entregue della; ó quel dé recabdo, que la non enajene, ó que la meta en mano de alguno, que la guarde é que la gane con ella derechamente, é de las ganancias guisadas é honestas que le dé dellas onde vivan. E esto puede facer en esta manera, maguer dure el matrimonio.»

Nótese que la ley Hipotecaria señala tres recursos en favor de la mujer, que no son idénti-

cos á los que se consignan en la ley de Partida.

Segun la Hipotecaria, estos recursos son:

Que se le entreguen (á la mujer) los bienes que subsistan de su dote.

Que se depositen en lugar seguro.

Que se pongan en administración.

Con arreglo á la ley de Partida, los recursos son:

Que se entreguen á la mujer los bienes dotal.

Quel dé recabdo que la non enajene.

Que la meta en mano de alguno que la guarde é gane con ella derechamente.

El recurso de poner la dote en administración y el de constituirla en depósito que señala la ley Hipotecaria, parecen hallarse comprendidos en el último de la Partida «que la meta en mano de alguno...»; pero nada se dice en aquélla que corresponda al segundo recurso establecido en ésta, es decir, el de que el marido dé recabdo de no enajenar la dote. Esta diferencia entre una y otra ley puede ocasionar la duda de si tendrá la mujer hoy el mismo recurso, ó lo habrá perdido desde el momento en que, confirmando la ley Hipotecaria expresamente los otros, omite hablar de éste. En nuestro sentir conserva este recurso; mas como la duda es posible, hacemos la advertencia para que cada uno adopte la resolución que halle más ajustada á la ley.

En cuanto al último párrafo de nuestro artículo, lo hemos redactado siguiendo la opinión más generalmente admitida, por más que de la ley no aparezca tan clara é inconcusa como se pretende. En efecto, dice ésta: «Mas si el marido fuesse de buena provision en aliñar é endereçar lo que oviesse é non malmetiesse lo suyo locamente maguer viniessse á pobreza por alguna ocasion, *nol podria la muger demandar la dote mientras que durasse el matrimonio.* En tal razon como ésta se entiende lo que dize el derecho; que la muger que mete su cuerpo en poder de su marido que nol deue desapoderar de la dote quel dió.» Parece, por la forma en que está redactada la ley, que si el marido llega á empobrecerse sin su culpa, la mujer no podrá privarle de la dote *nol podria demandar la dote.* Ahora bien: al prohibir la ley que en este caso use la mujer del recurso de pedir su dote (bien para sí, bien para que se ponga en administración), ¿no parece que deja á salvo su derecho para ejercitar el de que el marido preste recabdo? Siendo dos los recursos, el prohibir uno determinadamente en cierto

caso, ¿no equivale á dejar subsistente el otro?

La misma razon en que la ley funda su precepto sirve para prohibir que al marido se prive de la dote, mas no satisface en el caso de que la mujer solicite únicamente fianza.

Artículo 1412.—Cuando á responder de los bienes dotal no se hubiere constituido la hipoteca legal correspondiente, con arreglo al párrafo 1.^o del art. 1396 (169 de la ley Hipotecaria), puede el marido por sí solo gravar y enajenar aquellos bienes si la dote fuere estimada ó constituida en cosas fungibles, y salvo el derecho de la mujer para exigir de su marido la constitucion de la hipoteca, con arreglo á los artículos anteriores.

Lo contrario sucederá respecto de los bienes que constituyeren la dote inestimada.

ORÍGENES

Ley 21, tit. XI, Partida 4.^a

Ley 7.^a, tit. XI, Partida 4.^a

JURISPRUDENCIA

La acción para pedir la nulidad de la venta de bienes dotal sólo compete á la mujer misma, ó á sus sucesores y derecho-habientes (Sentencia 5 Marzo 1864).

COMENTARIO

Con arreglo á las leyes de Partida, el marido podia disponer de la dote estimada, puesto que su obligación era devolver el precio ó tasación que de ella se hizo, mas no de la inestimada, pues que en ésta ha de restituir los mismos bienes; así es que dice: *Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enajenar, nin malmeter, mientras que durare el matrimonio, la donacion quel dió á su muger, nin la dote que rescibió della, fueras ende si la diera apreciada.* Y hablando de la dote constituida en moneda, vino, trigo, aceite ó cualesquiera otras cosas susceptibles de ser contadas, pesadas ó medidas, añade: *... desque gelas da la muger, puedelas el marido vender ó fazer dellas lo que quissiere, para servirse dellas é mantener el matrimonio mientras durare.*

Para mayor claridad en este punto conviene hacer una distinción: ó la dote estimada se constituye hipotecando el marido bienes en su

garantía, ó la dote carece de este requisito. En el primer caso es preciso atenderse á las prescripciones de la ley Hipotecaria: en el segundo, única y exclusivamente á la ley de Partidas. Así, pues, los bienes muebles (porque los inmuebles estarán forzosamente inscritos) pertenecientes á la dote estimada, pueden ser libremente enajenados por el marido, lo mismo que los fungibles, aunque fueren inestimados. En cuanto á la dote inestimada, el marido no puede enajenarla. Sin embargo, como nuestras leyes son deficientes en este punto, los autores han pretendido suplir sus vacíos diciendo unos que puede enajenarlos el marido con licencia jurada de la mujer; otros que los podrá enajenar la mujer con licencia y autorizacion de su marido; otros, en fin, que solamente podrá vender la mitad, cuya práctica se ha seguido en algunos puntos. Mas lo cierto es que ésta es una de las materias en que más embrollado anda nuestro derecho y en que con dificultad se hallarán dos autores de una misma opinion, ni que fijen una regla que seguir en la práctica.

La ley Hipotecaria de 1861 resolvió la cuestion de una manera terminante; pero reformada con posterioridad, ha dado ocasion á que las dudas se presenten de nuevo, como tendremos ocasion de ver en el artículo siguiente.

Artículo 1413.—Los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscritos con dicha cualidad, segun lo dispuesto en los números primero y segundo del art. 1396 (169 de la ley), no se podrán enajenar, gravar ni hipotecar en los casos en que las leyes lo permitan, sinó en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, y quedando á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitucion de los enajenados ó gravados, ó los primeros que adquiriera cuando carezca de ellos al tiempo de verificarse la enajenacion ó de imponerse el gravamen.

Si cualquiera de los cónyuges fuere menor de edad, se observarán en la enajenacion de dichos bienes las reglas establecidas para este caso en la ley de Enjuiciamiento civil.

Si la mujer fuere menor, el Juez ó el Tribunal que autorice la enajenacion, cuidará

de que se constituya la hipoteca de que trata el párrafo primero de este artículo.

ORÍGENES

Art. 188, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La accion para pedir la nulidad de la venta de bienes dotales sólo compete á la mujer misma ó á sus sucesores y derecho-habientes (Sentencia 5 Marzo 1865).

Aun cuando al acto de la venta de una finca perteneciente á la dote estimada concurren la mujer, quizá por mayor solemnidad, y aunque ésta dijese en la escritura que aquella finca componía parte de sus bienes parafernales, este hecho no puede invalidar por sí solo la constitucion de la dote, ni variar la naturaleza, ó sea el origen de la finca (Sent. 13 Febrero 1871).

COMENTARIO

Grandes han sido las dificultades que han tocado siempre los legisladores cuando han tenido que poner mano en cuestion tan delicada como la de la inalienabilidad de las dotes, sobre todo si, como parecía natural, había de armonizarse el interes de la familia, que exige cierta libertad que no separe á los bienes dotales del comercio, y los justos derechos de la mujer, que puede hallarse en riesgo de perder su hacienda.

Mucho se ha discutido sobre la conveniencia del procedimiento adoptado por la ley Hipotecaria. A nosotros no nos toca juzgarlo, ni tenemos espacio para ello.

Debemos hacer notar que este artículo ha sufrido una modificacion en su redaccion primitiva, pues al artículo, tal como estaba en la ley de 1861, se le añadieron las palabras *en los casos en que las leyes lo permitan*, que por cierto han originado no pocas dudas y dificultades.

Hé aquí lo que á este propósito dice un autor de ilustracion reconocida (1):

«Y cuáles son estos casos en que las leyes lo permiten? ¿Lo sabe el legislador? ¿Lo ha fijado la jurisprudencia? ¿Lo aconsejan los autores? ¿Lo autoriza la práctica, ó por lo menos los reformadores explican la razon que han tenido para adicionar este artículo? Nada de esto: la

(1) D. José Gonzalo.

exposicion de motivos que precede á la reforma no se ocupa del art. 188; y sin embargo, su reforma es de las más graves que contiene la ley, y la menos afortunada en verdad.

En efecto: la cuestion, perfectamente resuelta en la ley de 1861, ha vuelto á renacer.

En cuanto á la dote estimada, se tendrá presente lo prevenido en el artículo anterior, es decir, que es enajenable, y que la enajenacion habrá de hacerse con arreglo á aquel artículo si no se constituyó hipoteca, y con arreglo al presente si los bienes se inscribieron á nombre del marido y se hipotecaron á responder de la dote.

En lo que se refiere á la dote inestimada continúa la misma oscuridad y la misma divergencia de opiniones entre los prácticos. Gutierrez entiende que en la práctica no cabe otro criterio en este punto que el de la conveniencia y la necesidad.

Artículo 1414.—Los bienes propios del marido, hipotecados á la seguridad de la dote, conforme á lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1396 (169 de la ley), podrán enajenarse, gravarse ó hipotecarse por el mismo marido sin los requisitos expresados en el párrafo primero del artículo anterior, siempre que esto se haga dejando subsistente la hipoteca legal constituida sobre ellos, con la prelación correspondiente á su fecha.

Quando dicha hipoteca haya de extinguirse, reducirse, subrogarse ó posponerse, será indispensable el consentimiento de la mujer, y se aplicará lo dispuesto en el artículo precedente.

ORÍGENES

Art. 189, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Sent. 20 Marzo 1873.

COMENTARIO

Este artículo corta todas las dificultades que pudieran presentarse. Mientras la hipoteca constituida en garantía de la dote acompañe á la finca en que se constituyó y se conserve la prelación correspondiente á su fecha, no hay peligro alguno para la mujer, ni, por lo tanto, inconveniente en autorizar al marido para llevar á cabo por sí solo la enajenacion.

Mas cuando en la hipoteca haya de sufrir al-

guna alteracion que pueda afectar á los derechos de la mujer, el consentimiento de ésta es necesario.

Artículo 1415.—La mujer podrá exigir la subrogacion de su hipoteca en otros bienes del marido, segun lo dispuesto en los dos anteriores artículos, en cualquier tiempo que lo crea conveniente, desde que haya consentido por escrito en la enajenacion ó gravamen de los inmuebles afectos á su dote, ó como condicion previa para prestar dicho consentimiento.

Si la mujer se hallare en cualquiera de los casos previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 1406 (182 de la ley), podrán tambien ejercitar este derecho, en su nombre, las personas designadas en el mismo artículo.

ORÍGENES

Art. 190, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Tampoco este artículo tiene dificultades que poner en claro.

Obsérvese que este artículo y el precedente no tienen aplicacion sinó cuando se trata de dotes constituidas con posterioridad á la ley Hipotecaria, y por consiguiente, que es preciso distinguir en cada caso si la dote se constituyó antes ó despues de 1.º de Enero de 1863.

En qué forma habrá de llevarse á cabo la enajenacion de bienes de la dote estimada, constituida antes de 1863, y la de los bienes propios del marido, sujetos á la hipoteca tácita general?

Los prácticos aconsejan el siguiente procedimiento (1):

1.º Que el marido ofrezca á la mujer la hipoteca especial, prevenida en el art. 356 de la ley, en sustitucion de la tácita general.

2.º Que la mujer la acepte, declarando libre de aquella obligacion oculta la finca que ha de ser gravada ó hipotecada.

3.º Que se otorgue en su virtud entre ellos la oportuna escritura de sustitucion de hipoteca.

4.º Que, previa la consignacion de todos estos particulares en la escritura de enajenacion ó gravamen, una vez otorgada previamente la

(1) Véase la obra de D. José Gonzalo, *El Notariado*.