

La dote en el panorama de la codificación civil española

SUMARIO.—I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO.—III. CONSTITUCION.—
III. 1. PERSONAS OBLIGADAS A DOTAR.—III.2. BIENES CON LOS QUE DEBE PAGARSE LA
DOTE OBLIGATORIA.—IV. CUANTIA DE LA DOTE OBLIGATORIA.—V. REGI-
MEN DOTAL.—V.1. PROPIEDAD, ADMINISTRACIÓN Y USUFRUCTO DE LOS BIENES DO-
TALES.—V.1.1. *Situación anterior al Código Civil de 1889.*—V.1.2. *El Código*
Civil.—V.2. ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DOTALES.—VI. ASEGURAMIENTO DE
LA DOTE.—VI.1. GARANTÍA DE LA DOTE PRESTADA POR EL CONSTITUYENTE: RESPON-
SABILIDAD POR EVICCIÓN.—VI.2. GARANTÍA DE LA DOTE PRESTADA POR EL MARIDO.—
VII. RESTITUCION.—VII. 1. CAUSAS QUE LA PROVOCAN.—VII.2. FORMAS DE RES-
TITUCIÓN.—VII. 3. TIEMPO DE RESTITUCIÓN.—VIII. REFLEXION FINAL.

I. INTRODUCCION

Es conocido por todos que el derecho histórico de Castilla adopta el sistema de gananciales, de origen germánico, como fórmula común de organización de la economía matrimonial, primero —como suele **ocurrir**— a través de la costumbre, y más tarde, cuando empiezan a surgir conflictos, en el marco de las leyes. Pero la influencia del Derecho común se hace notar también en este ámbito y el resultado de ello va a ser el trasplante de dos instituciones de derecho romano, la dote y los parafernales, al sistema de gananciales castellano. La inserción de estos elementos extraños tiene lugar gracias a la labor de los juristas que, a instancias de Alfonso X, elaboran el *Código de las Siete Partidas*. Pocos años antes el monarca había promulgado el *Fuero Real*, cuerpo normativo que copiaba los gananciales del *Liber iudiciorum*, no sólo para modernizar y unificar el derecho, sino sobre todo porque el *Liber* contenía el principio del monopolio legislativo regio, fin perseguido en este momento especialmente por el monarca. Pero en las *Partidas*, Alfon-

so X recoge las nuevas corrientes de la Recepción con la intención de elaborar un texto más doctrinal que legal y en este afán la dote romana aparece insertada en nuestro ordenamiento.

Es evidente que la institución dotal, en su estado puro o natural, no encajaba en el sistema de gananciales, por lo que fueron necesarias algunas transformaciones para su puesta en práctica. Con el transcurso del tiempo se fue integrando junto con el resto de los elementos que formaban parte del régimen ganancial, pero siempre provocó —precisamente por la manera en que apareció en el ordenamiento castellano— entre la doctrina y los juristas un sin fin de dudas y discusiones que ponían de manifiesto las lagunas y confusiones que caracterizaban su regulación legal.

En pleno movimiento coficador, el panorama legal y doctrinal que rodea a la dote aparece excesivamente ambiguo. Como en tantas otras materias —éste será uno de los motivos que provoquen dicho movimiento—, su aplicación viene ordenada por normas de las *Partidas*, código promulgado seis siglos antes, así como de las *Leyes de Toro* y de la *Nueva y la Novísima Recopilación* castellanas; esto sin aludir al ámbito de los derechos forales, alguno de los cuales —el catalán especialmente— había permanecido fiel en esta cuestión al derecho romano. Consecuencia directa de la confusión normativa es la confusión que muestra la doctrina en determinados aspectos relativos a la regulación de la dote. Todo ello desemboca en la necesidad urgente de contar con disposiciones definitivas y claras que se ocupen de ordenar la institución dotal y, sobre todo, que la adapten a las nuevas circunstancias.

En este contexto, el Proyecto de Código Civil de 1851 intenta subsanar los defectos de la legislación civil anterior en torno a la materia, decantándose por las soluciones ya conocidas en nuestro derecho histórico cuando las considera útiles, e introduciendo reformas allí donde las nuevas circunstancias, bajo su criterio, lo requieren. Este sistema dotal proyectado en 1851 pasará casi en su integridad —no sin algunas variaciones, como veremos— al Código Civil de 1889.

Pero si originariamente las dificultades que rodean a la dote en el ordenamiento castellano provienen de su inserción en un sistema en el que era desconocida, en su evolución final los problemas surgen de una inadaptación a la realidad presente, donde los privilegios que se concedían en favor de los bienes dotales se muestran incompatibles con el movimiento de equiparación entre los cónyuges que va tomando forma en nuestro derecho. Finalmente, tras la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, la dote desaparece definitivamente como institución en nuestro derecho civil general (1).

(1) Los antiguos artículos 1.336 a 1.380, constitutivos del capítulo IV, título III, libro IV, del Código Civil no han pasado al nuevo texto. Las consecuencias que se derivan

II. CONCEPTO

El mismo concepto de dote no parece estar totalmente claro en el panorama decimonónico. Las *Partidas* (4,11,1) la habían definido como «el algo que da la mujer al marido por razón de casamiento..., con entendimiento de se mantener, e ayuntar al matrimonio con ella»; pero cuando los textos legales posteriores y los documentos de aplicación del derecho hablan de dotes se refieren a las donaciones que los padres, conjuntamente y de sus bienes comunes, hacen a sus hijas en atención a su próximo matrimonio, a cuenta de sus derechos sucesorios, con el fin de colaborar en el mantenimiento de la nueva familia y de garantizar la subsistencia de la hija, y sus posibles descendientes, para el caso de que enviudara (2). El inicial modelo romano de la dote ha ido moldeándose y adquiriendo unas peculiaridades propias que le van a permitir formar parte del sistema económico matrimonial que con carácter general se aplica en Castilla —el de *gananciales*—, sistema al que es extraño en su origen. Todos los bienes de la mujer que no tuvieran expresamente el carácter de *dotales* se consideran *parafernales* (3); ambos, dote y

de tal suspensión, en opinión de CASTÁN, son: 1.^a, que la dote ha dejado de ser un régimen pactado de carácter típico; 2.^a, que la abolición de esta institución no tiene alcance retroactivo, por lo que los regímenes *dotales* subsistentes al tiempo de entrar en vigor la Ley de 13 de mayo de 1981, se mantendrán, en principio, y ello obliga a considerar aquella regulación válida como derecho transitorio; 3.^a, que la reforma española de 1981 no prohíbe de modo expreso la constitución del régimen *dotal*; y 4.^a, que en todo caso, tanto a las dotes ya existentes, como a las que eventualmente puedan establecerse en el futuro, resulta ineludible aplicar los nuevos principios imperativos de nuestro régimen económico matrimonial (Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, T. 5.º vol. 1.º 10.ª edic. revisada y puesta al día por GABRIEL GARCÍA CANTERO y JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1983, págs. 561-563).

(2) Vid. M. J. COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano*, Valencia, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz-Tirant Lo Blanch, 1997, pág. 482.

(3) Según *Partidas* 4,11,17, «paraferna son llamados en griego todos los bienes, e las cosas, quier sean muebles, o rayzes, que retienen las mugeres para si apartadamente, e non entran en cuento de la dote: e tomo este nome a para, que quiere tanto dezir en griego, como a cerca, e ferna, que es dicho por dote, que quier tanto dezir en romance, como todas las cosas que son yuntadas, e allegadas a la dote. E todas estas cosas que son llamadas en griego paraferna, si las diere la muger al marido, con entencion que aya el *senorio* dellas, mientra que durare el matrimonio, auerlo ha; bien assi como de las quel da por dote. E si las non diere al marido *senaladamente*, nin fuere su entencion que aya el *senorio* en ellas, siempre finca la muger por *senora* dellas. Esso mismo seria, quando fuessen en dubdas, si las diera al marido, o non. E todas estas cosas que son dichas paraferna, han tal *priuilejo*, como la dote; ca bien assi como todos los bienes del marido son obligados a la muger, si el marido enagena, o malmete la dote, assi son obligados por la paraferna, a quien quier que passen. E maguer que tal obligacion como esta non sea fecha por palabra, entiendese que se faze, tan solamente por el fecho. Ca luego que el marido rescibe la dote, o las otras cosas que son llamadas paraferna, son obligados porende a la muger todos sus bienes; *tambien* los que ha estonce, como los que aura *despues*».

parafernales —unos y otros tomados del derecho romano— conformaban el patrimonio individual o propio de la mujer.

Esta configuración de los bienes femeninos va a ser alterada en el Proyecto de Código Civil de 1851, donde se eliminan los parafernales, para ser absorbidos por la dote. Esta, a tenor del artículo 1.272 (4), integra no sólo los bienes que tienen propiamente ese carácter, sino también los que adquiere la mujer después de casada por donación, herencia o legado, es decir, los parafernales. Todos los bienes que la mujer aporta al matrimonio o adquiere después, aun por título lucrativo, se consideran dotales según el precepto citado (5).

El motivo de esta novedad es puesto de manifiesto con bastante claridad por GARCÍA GOYENA, responsable principal del Proyecto del que nos ocupamos. Reproducimos sus palabras porque nos parecen muy ilustrativas: «Esto es sencillo, moral, y necesario para mantener el orden y disciplina en la familia: *vir est caput mulieris*: nada más natural y justo que la máxima proclamada por la ley 9 Romana, y 29 de Partida, aunque ambas la conculcaron en la parte dispositiva con lastimosa contradicción: ¿es posible concebir la dependencia o sumisión personal de una mujer que administra sus bienes, y goza de rentas con absoluta independencia de su marido?. Yo no sé si habrá estado jamás en uso la citada ley 17 de Partida sobre bienes parafernales, pero la he tenido siempre por incompatible con las recopiladas 11 y siguientes, título 1, libro 10 (55 etc, de Toro), y la 7 del título 2» (6).

Los parafernales amenazaban desde varios frentes la concepción que GOYENA tenía de la economía matrimonial, y por ello abogó por suprimirlos. En primer lugar, atentaban contra la unidad de jefatura y administración de la sociedad conyugal, puesto que la mujer podía decidir si conservaba la administración de estos bienes o la otorgaba, junto con la de la dote, a su marido; además, no respetaban la situación en la que se había colocado a la mujer en el matrimonio, según la cual necesitaba licencia marital para todo acto o contrato que quisiera realizar —fuerte obstáculo para la admisión de

(4) «La dote no solo se compone de los bienes y derechos que la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo, sino de los que durante él adquiere por donación, herencia o legado».

(5) Esto constituye una novedad también respecto del Proyecto de Código Civil de 1836, que definía la dote siguiendo de cerca lo establecido en las *Partidas*. En el artículo 1.520 del citado proyecto se caracterizaba la dote como «... aquella porción de bienes que la mujer u otro en su nombre da al marido para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio, con el gravamen de responder de ellos y quedar obligado a restituirlos en especie o en dinero disuelto el matrimonio, ya a la misma mujer, ya a quien por derecho corresponda».

(6) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, Madrid, 1852 (edic. fács. Barcelona, Editorial Base, 1973, vol. II, comentario al artículo 1.240, pág. 259).

unos bienes sobre los cuales, como propietaria, había de realizar actos de este tipo (7).

Al quedar suprimidos los parafernales y ser absorbidos por la dote, los bienes que hasta entonces los integraban adquieren los privilegios y restricciones de aquélla y, sobre todo, pasan necesariamente a la administración marital como el resto de los bienes dotales. El Proyecto de Código Civil de 1851 propone, por tanto, hacer coincidir el patrimonio femenino con la dote (8): salvo estipulación en contrario, se consideraría dotal todo el haber que la mujer aportara al matrimonio y todo lo que durante el mismo adquiriese por donación, herencia o legado. El concepto de dote se alteraría, así, respecto al que se había venido manteniendo hasta entonces por las leyes castellanas y la jurisprudencia.

El sistema concebido por el Proyecto en este punto es objeto de una valoración positiva por parte de CÁRDENAS, siempre que fuera acompañado de dos requisitos o correctivos: que se conceda a los cónyuges facultad para derogar dicho sistema en virtud de estipulaciones particulares y que se supriman los privilegios dotales en cuanto puedan ceder en perjuicio de tercero. Con estas modificaciones, que admite el Proyecto en otro lugar, lo establecido en el artículo 1.272 le parece aceptable (9).

El Anteproyecto de Código Civil (1882-1888) hace ya variaciones en el concepto de dote que había elaborado el Proyecto del 51, al establecer en el artículo 1.365 que «la dote, no sólo se formará de los bienes y derechos que la mujer aporte al matrimonio, con el carácter dotal, al tiempo de contraerle, sino de los que durante el mismo matrimonio adquiera por donación, herencia o legado, con el propio carácter». Las últimas palabras son indicativas de que es necesaria la declaración expresa del carácter dotal de un bien para que tenga esta consideración. Además, el artículo 1.419 introduce una, al parecer insignificante, modificación en la redacción del artículo 1.314 del Proyecto del 51 (que sólo consideraba propios de la mujer «los que constituyan la dote»). A tenor del nuevo texto, «serán bienes propios de la mujer los que, según ese Código le pertenezcan, incluso los que constituyan la dote...». Esto es, la dote es un bien propio, pero no el único. A su lado hay otros, los extradotales, que tienen igualmente ese carácter de bienes privativos. El Anteproyecto prevé la existencia, por tanto, de bienes extradotales, e incluso aparece en él la denominación *parafernales* (art. 191), pero, contra lo que en

(7) Vid. M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, Salamanca, Publicaciones del Dpto. de Derecho Civil. 2.^a cátedra, 1976, pág. 380.

(8) Así se reitera en el artículo 1.314: «Son bienes propios de la mujer los que constituyen la dote...».

(9) F. CÁRDENAS, «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el Proyecto de Código Civil», en *El Derecho moderno*, t. XI, Madrid, 1851, págs. 193-482, esp. pág. 348.

éstos es característico, supone que, en principio, la administración de los bienes corresponderá al marido (art. 1.332). De este modo, se incluye en la redacción definitiva del Código Civil a última hora el capítulo sobre los bienes parafernales asignando a la mujer su administración (10).

Hay, por tanto, un cambio radical en cuanto a la admisión de los parafernales, que afectará paralelamente al concepto de dote. Como hemos visto, GARCÍA GOYENA se mostraba contrario a su admisión y los hace desaparecer en el Proyecto de Código Civil de 1851. El Proyecto de Ley de Bases de Alonso Martínez no se refiere a los bienes parafernales y en la base 21 del Proyecto de Sil vela se prevé la supresión de los mismos. Se declaran expresamente contrarios a su admisión ALONSO MARTÍNEZ —quien nos informa que éste era también el sentir de la Comisión Codificadora— (11), ALBACETE y BENITO GUTIÉRREZ, y en el Congreso jurídico español de 1886 la tesis de la desaparición de los parafernales había obtenido triple número de votos que la contraria (12). ¿Por qué se admitieron entonces a última hora los parafernales en el Código Civil de 1889? El motivo común que había llevado a rechazar su admisión radicaba en no querer admitir unos bienes que otorgaban a la mujer facultades de administración contrarias a su sumisión al marido como cabeza de familia y único administrador del patrimonio conyugal. Esto, sin embargo, se muestra en clara contradicción con la libertad de administración y la facultad de enajenar los parafernales de la que goza la mujer casada catalana. Precisamente fueron dos parlamentarios catalanes (DURÁN Y BAS y GAMAZO) los que, al parecer, propulsaron la inclusión de esos bienes en nuestro Código Civil. En general, las críticas, no sólo respecto a la situación de los bienes parafernales en el derecho común sino a la organización de toda la familia y a la situación de la mujer dentro de ella, habían de venir de los foralistas catalanes que, con un sistema económico matrimonial basado en principios tan diferentes a los del derecho común, no les era fácil admitir la manera en que se colocaba a la mujer en relación con los bienes.

La base del Proyecto de Silvela sobre supresión de los parafernales se había aprobado en el Senado sin modificación. Esta se produce por obra de la Comisión dictaminadora nombrada en el Congreso, de la que formaba parte

(10) Después del R. D. de 6 de octubre de 1888, por el que se ordena publicar «el Código Civil adjunto», la Sección continúa con sus trabajos introduciendo modificaciones muy esenciales, entre ellas la introducción de los parafernales, que se incluye en la sesión de 10 de noviembre (Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado, Sección Cuarta. Fuentes y Bibliografía*, vol. I, Madrid, 1965, pág. 44, nota 128).

(11) M. ALONSO MARTÍNEZ, «El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones torales», en *Biblioteca Judicial*, t. II, Madrid, 1885, pág. 177.

(12) Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código...», cit., pág. 44, n.º 128.

DURÁN Y BAS, que encontraría allí el decidido apoyo de Gamazo, defensor también de la personalidad de la mujer dentro del matrimonio y, por tanto, respecto a los bienes, partidario de los parafernales, que se manifestaría como defensor de las soluciones del Código, en defensa de la personalidad y derechos de la mujer (13).

El 4 de mayo de 1889 se aprueba definitivamente por el Congreso el Proyecto de Ley autorizando al Gobierno para hacer en la edición oficial del Código Civil las enmiendas y adiciones cuya necesidad se demuestre en los cuerpos colegisladores. Por Real Decreto de 24 de julio de 1889 se promulga el nuevo texto corregido, segunda edición oficial, que ha de ser el definitivo texto legal del Código Civil. El Título III del libro IV contiene un capítulo, el IV, con once artículos dedicados a la regulación de los bienes parafernales, con lo que se culmina el tránsito del sistema de negación de los parafernales (Proyecto de 1851) a un sistema que los acoge (Código Civil de 1889).

Sobre la dote se dirá en el artículo 1.336 que «se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante él adquiera por donación, herencia o legado con el carácter dotal». Considera dotales, igualmente, «los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio: 1.º, por permuta con otros bienes dotales; 2.º, por derecho de retracto perteneciente a la mujer (14); 3.º, por dación en pago de la dote; 4.º, por compra con dinero perteneciente a la dote» (art. 1.337). El Código no trata de definir la dote, sino simplemente de especificar los bienes que la constituyen, pero al hacerlo está determinando que sólo tienen carácter dotal los bienes a los que expresamente se les da ese carácter; en otro caso, se presumen parafernales. O lo que es lo mismo, que los bienes privativos de la mujer son, como regla general, extradotales o parafernales, y así han de considerarse mientras no conste de modo expreso lo contrario. El fundamento de ello está, tal vez, en que es más ventajoso para la mujer que los bienes sean parafernales, ya que sobre ellos conserva más derechos.

Una definición de dote la ofrece MANRESA cuando comenta el citado artículo 1.336. «La dote —dice— es el capital o conjunto de bienes de la mujer

(13) *Ibid.*

(14) En opinión de G. BURÓN GARCÍA no hay fundamento que justifique que los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio por derecho de retracto perteneciente a la mujer se consideren dotales, «porque si es justo que pertenezcan á ésta por que *qui actionem habet rem ipsam habere videtur* (Digesto 50,17,15), no lo es de igual suerte declararles dotales cuando el derecho no tenga este concepto, sin contar con la voluntad de la mujer, que es la dueña, porque tal disposición pugna con los principios relativos á la constitución de la dote [...] y porque con ella se conceden derechos de importancia al marido, contra los que rigen en esta materia, según el mismo Cód. Civ.» {*Vid Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, t. 1, Valladolid, Imp. y Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, 1898, pág. 382).

que se entrega al marido para facilitar a éste medios y ayuda en el sostenimiento de las cargas matrimoniales, con obligación de restituirlo o devolverlo cuando esas cargas no existan, y de asegurar con hipoteca la efectividad de la restitución» (15). Relacionando este artículo con el 1.337 y otros preceptos de la misma sección, apunta MUCIUS SCAEVOLA que en el Código español «se llama dote el conjunto de bienes y derechos que en ese concepto aporta la mujer al matrimonio, ya por sí misma, ya donándoselos sus padres (en algunos casos, obligatoriamente), su esposo, los parientes de ambos y las personas extrañas a la familia, y los que la misma mujer adquiera por donación, herencia o legado con el carácter **dot**al, por permuta con otros bienes **dot**ales, por derecho de retracto, reciba en pago de dote o compre con dinero a ésta perteneciente» (16). LACRUZ, por su parte, la define así: «consiste en un conjunto de bienes que, bien en sustancia y constituyendo un patrimonio autónomo, bien en valor y representados por un crédito, son disfrutados por el marido constante matrimonio, y entregados luego a la mujer o sus herederos, con sujeción a las normas del Código Civil (17).

III. CONSTITUCION

III.1. PERSONAS OBLIGADAS A DOTAR

En relación a la constitución de la dote, la situación con la que se encuentran los redactores del Proyecto de Código Civil de 1851 tampoco es pacífica, puesto que aparece un claro desfase entre la ley y la práctica. En cuanto a la primera, la norma vigente era la correspondiente del *Código de las Partidas* (4,11,8-9), que obligaba al padre a constituir la dote a la hija, correspondiendo en su defecto dicha obligación al abuelo o bisabuelo paterno, ya que a ellos les incumbía la patria potestad a falta del padre; la obligación de éste no desaparecía ni siquiera cuando la hija fuera rica. La madre, en cambio, podía voluntariamente decidir si dotaba o no a la hija —ya que ella no gozaba de la patria potestad sobre sus hijos—, salvo en el caso en que la hija fuera cristiana y la madre no, en el que la ley le imponía la obligación de constituir la dote (muestra, quizá, de la «cristianización» que sufre el derecho romano

(15) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 6.^a edic., revisada por don Miguel Moreno Mocholi, Madrid, **Reus**, 1969, comentario al artículo 1.336, pág. 340.

(16) Q. Mucius SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, t. XXI, Madrid, Obras de Q. Mucius Scaevola, 1904, pág. 376.

(17) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, Librería **Bosch**, 1963, pág. 326.

clásico en manos de los juristas bizantinos). Por tanto, la circunstancia que daba lugar al nacimiento de la obligación de dotar era, al parecer, la patria potestad. En la práctica, sin embargo —por eso hablamos de desfase—, eran los padres, las madres, o ambos a la vez, quienes solían constituir las dotes a sus hijas, y no hay noticia de que ningún abuelo haya sido obligado a dotar a su nieta, como ponen de manifiesto algunos autores (18).

El Proyecto de Código Civil de 1851 propone continuar con el mismo criterio que las leyes de *Partidas* —el de la patria potestad—, según nos dice GARCÍA GOYENA, para determinar quién tiene obligación de constituir la dote a las hijas, aunque acomodándolo a las alteraciones hechas respecto de la madre, y con otras modificaciones dictadas por la equidad y la razón respecto de la hija rica (19). La propuesta del Proyecto se plasma en el artículo 1.269, párrafo 1º: «El padre y la madre, o el que de ellos viviere, están obligados a dotar a sus hijas legítimas, fuera del caso en que, necesitando su consentimiento para contraer matrimonio con arreglo a la ley, se casaren sin obtenerlo».

GARCÍA GOYENA considera que en virtud de las primeras palabras del precepto, a la madre le incumbe la obligación de dotar a su hija sólo cuando sustituye a su marido en la patria potestad o cuando él sea pobre y ella rica (20). Para CÁRDENAS, en cambio, la ley se está refiriendo a ambos progenitores conjuntamente, correspondiendo dicha obligación sólo a uno de ellos cuando el otro hubiera fallecido. No se trataría, en su opinión, propiamente de una carga inherente a la patria potestad, sino al matrimonio, como lo es dar alimentos o educar a los hijos, y por ello debe pesar igualmente sobre el padre y la madre (21).

Son varias las novedades que incorpora el Proyecto de 1851 en cuanto a la constitución de la dote obligatoria. En primer lugar, como ya hemos visto, la de imponer también a la madre la obligación de dotar a las hijas (22); en segundo lugar, la de excluir de dicha obligación en todo caso a los abue-

(18) Vid. F. CÁRDENAS, «Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias, desde el origen de la legislación española hasta nuestros días», en *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, 1884, págs. 5-62, esp. pág. 55.

(19) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., comentario al artículo 1.269, págs. 282-283.

(20) *Ibid.*

(21) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., pág. 344.

(22) PABLO GOROSÁBEL, en el Código Civil que redactó por iniciativa propia en 1832, no sigue este criterio, sino el de *Partidas*, excluyendo a la madre de la obligación de dotar a la hija, salvo en el caso de ser ésta cristiana y la madre no (Vid. *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación. Escrita bajo el método de los códigos modernos*, Tolosa, En la Imprenta de la Viuda de La Lama, 1832, artículo 339, págs. 76-77). En cambio, el Proyecto de Código Civil de 1836 introduce ya esta novedad de señalar la obligación de la madre, junto a la del padre, de dotar a las hijas (art. 1.521).

los (23); asimismo, quedan liberados el padre y la madre cuando la hija tenga bienes propios equivalentes a la mitad de su legítima; también quedan liberados cuando la hija se hubiera casado sin el consentimiento de sus padres y éste fuera necesario (24); finalmente, se especifica que sólo tienen derecho a la dote las hijas legítimas, terminando así con las dudas que existían entre los autores en relación a las hijas naturales (25).

Conferida a la madre la patria potestad en defecto del padre sobre sus hijos legítimos no emancipados por la Ley de Matrimonio Civil de 1870 (art. 64), se hace más evidente para ella la obligación de dotar que ya apuntaba el Proyecto de 1851. J. ESCRICHE opina que es precisamente a partir de este momento cuando corresponde a la madre la obligación de dotar a las hijas, puesto que la misma, en su opinión —que coincide con la de GARCÍA GOYENA— es inherente al derecho de patria potestad (26).

El Proyecto también alude a otras personas que, de forma voluntaria, pueden constituir la dote —estamos ante la clásica distinción entre dote necesaria u obligatoria y dote voluntaria—. En concreto se refiere a parientes e, incluso, extraños. Todos ellos, al igual que los padres, podrán constituir la dote con anterioridad o posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 1.265). El Proyecto añade que «el esposo puede igualmente constituir dote a la esposa antes del matrimonio, pero no después de contraído» (art. 1.266). Con ello se trata de respetar la prohibición de donaciones entre cónyuges realizadas durante el matrimonio.

A pesar de las críticas que sufrió este sistema de constitución dotal (27), precisamente por su carácter obligatorio, pasó de forma literal al Código Civil

(23) El Proyecto de Código Civil de 1836, por el contrario, sigue involucrando en dicha obligación —como se hacía en *Partidas*— a los abuelos paternos y maternos cuando fueran ricos y los padres pobres (art. 1.521).

(24) B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ considera liberados a los padres, no en todos los casos en que la hija se casa contra la voluntad de ellos, sino cuando lo hace con sujeto indigno, entendiéndose por tal el que lo es por su calidad o sus costumbres (Vid, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. 1.º, Madrid, 1862, pág. 391).

(25) Dudas que en el Proyecto de 1836 se habían resuelto en sentido contrario, pues imponía al padre la obligación de dotar no sólo a la hija legítima o legitimada, sino también a la natural reconocida por él; la madre debía hacer lo mismo, incluso cuando la hija natural no hubiera sido reconocida por el padre (arts. 1.532 y 1.533).

(26) J. ESCRICHE, S.V. «dote», en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada, por los Doctores D. León Galindo y De Vera y D. José Vicente Caravantes, T. 2.º, Madrid, 1874, pág. 726.

(27) Baste citar como ejemplo de las mismas la disertación del señor Azcárate ante el Congreso en la sesión de 9 de abril de 1889: «...la negacion más grave que encuentro de la patria potestad es la obligacion de dotar, y la forma en que está establecida en el Código. No temais que os moleste disertando largamente acerca del régimen dotal; solo diré unas palabras, que no son mías, sino de un escritor italiano, Cogliolo, el cual, exponiendo el origen y motivo de aquél, dice: «el hombre ha cesado de comprar á la mujer; es ésta la que compra al hombre: hé ahí el régimen dotal.» Basta esto, aunque no

de 1889 (arts. 1.336 y ss.). Se aclara ahora la duda planteada en relación al Proyecto de si la obligación de dotar correspondía al padre y a la madre de forma conjunta o alternativa, pues el artículo 1.340 dispone que «el padre o la madre, o el que de ellos viviese, están obligados a dotar a las hijas legítimas». Estas palabras no dejan duda de que la obligación de dotar, viviendo ambos progenitores, es alternativa, y que solo dotarán conjuntamente cuando así lo quieran. CASTÁN opina al respecto que, queriendo dar facilidades, la ley permite que, en caso de vivir el padre y la madre, pueda cumplirse la obligación por ambos o por cualquiera de ellos (28). Para BURÓN, que se muestra en la misma línea que CÁRDENAS —cuando comentaba este punto en el Proyecto del 51—, no se hace depender la obligación de la patria potestad, sino más bien del deber natural de protección de los padres en favor de las hijas legítimas, o de las que gocen legalmente de esta condición como consecuencia de la legitimación por subsiguiente matrimonio o por declaración de la ley, como las putativas; pero no respecto a las naturales, sean o no reconocidas, ni a las demás ilegítimas (29).

Como pone de manifiesto MANRESA, la mayoría de los códigos, incluso los más favorables al régimen dotal, consideran la dote como una donación voluntaria. El nuestro ha aceptado los precedentes patrios, aunque modificándolos, pues ya sólo tienen obligación de dotar los padres. Es voluntaria respecto a cualquier otra persona, incluso el marido, los ascendientes de segundo o ulterior grado, los padres naturales o ilegítimos, los parientes, los tutores y los extraños. «Ha creído el legislador —dice MANRESA— que los padres no deben consentir por propio decoro, cuando tienen bienes, en entregar sus hijas a un marido sin darles algo que les ayude a vivir, algo que afirme su propia

hubiera además la negación que implica de los derechos de la patria potestad, para que mereciera censuras el artículo. Y no es que puedan ampararse los autores del Código con las exigencias de la realidad, cuando por fortuna, nuestro país en esto forma contraste con la Nación vecina; porque si allí la mujer que no tiene dote no se casa, en España la mujer que vale, sin ella se casa, y cuando la costumbre iba encaminando las cosas hacia ese lado, cumpliendo los padres y los futuros hijos delicadamente deberes, sin pensar que fuera esa una obligación jurídica, ni hacerla cuestión de ajuste, se viene a consignar en el Código con tasa y medida! ¿Qué me importa que no sea más que la sexta parte de la herencia repartida entre las hijas, si el mal no está en eso, sino en el principio? ¿Por qué no habeis dicho, como el Código argentino, que el padre no está obligado a dotar a las hijas ni a dar nada a los hijos para que se establezcan? De esta manera resultaría enaltecido el poder del padre de familia» (*Vid. Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*. Estudio preliminar de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS; edición preparada por Rosario Herrero Gutiérrez y María Angeles Vallejo Ubeda, Madrid, Dirección de Estudios y Documentación, Secretaría General del Senado, 1989, vol. 2.º, núm. 90, pág. 2404).

(28) *Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español común y foral*, 5.ª edic., totalmente refundida, con arreglo al Cuestionario de 25 de noviembre de 1940, t. 3.º, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1941, pág. 656.

(29) G. BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español...*, cit., t. I, pág. 387.

personalidad, su independencia, su participación en los gastos de la familia y en las cargas de la sociedad. Ha creído que este algo significa sólo un pequeño sacrificio, que se compensa con las obligaciones que en los padres se extinguen al casar a sus hijas, y al marido pasan por el matrimonio. Ha estimado que, en suma, se trata de continuar el deber de alimentación y de anticipar en parte la legítima, y bajo estas bases impone la obligación de dotar» (30).

III.2. BIENES CON LOS QUE DEBE PAGARSE LA DOTE OBLIGATORIA

Las *Partidas* señalaban los bienes propios del padre como los adecuados para constituir la dote, recogiendo con ello los precedentes romanos, que desconocían los gananciales. Pero como éstos tenían como principal objeto hacer frente a las cargas del matrimonio, y como la dote era una de estas cargas, no parecía justo que la misma se atendiera exclusivamente con bienes propios del padre. La ley 53 de Toro, recogida en las dos recopilaciones castellanas, intentó solucionar esta cuestión ordenando, primero, que cuando marido y mujer, durante el matrimonio, constituyeran la dote de una hija común, debían hacerlo con bienes gananciales, y en lo que faltara, por mitad, con sus bienes propios; segundo, que si es exclusivamente el padre, y no la madre, quien ofrece la dote, habrá de pagarla de los gananciales, y en su defecto, con sus bienes propios, pero no con bienes de la madre.

Esta regulación pone de manifiesto la concepción de la familia que consagraba el derecho tradicional castellano. Las palabras de GONZÁLEZ SERRANO cuando comenta la citada ley de Toro son muy ilustrativas: «... está basada en los principios que constituyen la familia. El padre lo representa todo, goza de los derechos de patria potestad, administra los bienes de la mujer —incluso los parafernales, cuando la esposa no reclama para sí dicha administración— y sobre todo, es árbitro absoluto para manejar, emplear y hasta gastar los bienes gananciales. Quien de tales prerrogativas goza en conformidad a la ley, equitativo es que en compensación tenga mayores responsabilidades que la mujer, y una de ellas es la obligación de dotar a las hijas con sus bienes propios cuando no existan gananciales» (31).

Sin embargo, empieza a no verse justo por parte de muchos juristas que, siendo la constitución de la dote una carga del matrimonio, los bienes de la mujer no queden obligados a ello en los mismos términos que los del marido.

(30) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, comentario a los arts. 1.340-1.343, pág. 360.

(31) J. GONZÁLEZ Y SERRANO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, t. II, Madrid, 1876, págs. 257-258.

O, más concretamente, que si constituyeron la dote ambos cónyuges, en defecto de bienes gananciales, o en lo que no alcancen, se utilicen en el pago de la misma, por mitad, bienes propios de los consortes; pero si la constiuyó el marido solo, en defecto de gananciales se atienda exclusivamente con bienes de su propiedad, y nunca de la mujer. Así lo expresa la ley 53 de Toro, y también CÁRDENAS, para quien la solución más conveniente sería que, a falta de pacto en contrario, y considerándose la dote como carga del matrimonio, cada cónyuge debería contribuir a ella en proporción a su haber, ya sea prometida por uno o por ambos. «Si los dos la han prometido, debe entenderse que lo hicieron en cumplimiento de una obligación común, que la equidad exige se reparta según los medios de cada uno: si la prometió uno solo, debe entenderse que lo hizo en nombre de la sociedad conyugal, que era la obligada, y si el capital social o los gananciales no bastan para cubrirla, justo es que ambos asociados contribuyan con sus medios propios y en proporción de los que cada uno tuviere, al cumplimiento de su obligación» (32).

El deseo de CÁRDENAS no se ve cumplido en el Proyecto de Código Civil de 1851 (33), donde se establece que la dote que prometan ambos cónyuges deberán pagarla por mitad cuando no estipulen otra cosa, y la que prometa uno solo deberá ser pagada por él con sus bienes propios, y nunca con los del otro consorte (art. 1.271); pero sí se ve finalmente plasmado en el Código Civil de 1889, en cuyo artículo 1.343 se establece que «cuando el marido solo, o ambos cónyuges juntamente, constituyeren dote a sus hijas, se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere, se pagará por mitad, o en la proporción en que los padres se hubieran obligado respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge. Cuando la mujer dotara por sí sola, deberá imputarse lo que diere o prometiére a sus bienes propios».

Por tanto, cuando la dote se constituye por ambos cónyuges, debe pagarse con bienes de la sociedad conyugal, es decir, con bienes gananciales, y si no los hay, con bienes propios de los padres en la proporción convenida, o por mitad si no hubo convenio. Para CASTÁN hubiera sido más justo adoptar un criterio de proporcionalidad con la fortuna de los padres, como dispone el Código en algunos casos análogos, por ejemplo, el de la obligación alimenticia (34).

Cuando la constituye el padre, la regla es la misma: si hubiera bienes de la sociedad conyugal, se paga con ellos, puesto que la ley supone que obra

(32) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., pág. 345.

(33) A pesar de que fue éste el criterio adoptado en el Proyecto de 1836 (*Vid.* M. J. COLLANIES DE TERÁN, «La economía del matrimonio en el Proyecto de Código Civil de 1836», en *Homenaje al Profesor Díaz Rementería* (en prensa), págs. 165-185, esp. págs. 175-176).

(34) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 5.^a edic. cit., t. 3.º, pág. 658.

como administrador de la sociedad conyugal, y no exclusivamente en su propio nombre; si no los hubiere, se paga por mitad con bienes propios de ambos progenitores. A CASTÁN esta solución no le parece lógica (pues está en contradicción con la que se establece para el caso de que sea la mujer la que constituya la dote) ni justa (pues el marido no debe disponer de los bienes propios de la mujer sin consentimiento de ésta) (35). Según MANRESA, el precepto no impide al marido que dote sólo con sus bienes propios si esa es su voluntad, o si no hay bienes gananciales ni privativos de la mujer (36).

Finalmente, dispone la norma que si es la madre sola la que constituye la dote, como no puede obligar en casos normales a la sociedad conyugal, la regla es distinta, y se le ordena que la pague con sus bienes propios. Como dice MANRESA (37), la naturaleza misma del precepto indica que se trata de casos en los que, o no existe el padre, o carece de bienes, o la mujer obra voluntariamente. Hay que tener en cuenta que el citado precepto parte de la base de subsistir la sociedad conyugal, regir el sistema de gananciales y obrar de acuerdo los padres en cuanto a la constitución de la dote, que para ellos es obligatoria.

IV. CUANTIA DE LA DOTE OBLIGATORIA

Las leyes castellanas se habían mostrado terminantes al imponer a los padres la obligación de dotar, pero no aclaran qué cantidad pueden exigirles las hijas por este concepto. Para fijar el montante de la donación, solía atenderse al importe de los bienes del dotante, al número de hijos que tuviera, a la dignidad o posición social de los contrayentes y a la costumbre del lugar. El problema principal que acontecía en esta cuestión venía siendo los excesos de los padres a la hora de fijar la dote de una hija, en perjuicio de los demás hijos y de su propio patrimonio. En diversas ocasiones se intentó frenar esta tendencia con diferentes medidas: se prohíbe que la dote supere el importe de la legítima que corresponda a la hija, junto con el tercio de mejora y el quinto de libre disposición que el disponente podía otorgar en su favor; se prohíbe, igualmente, que la hija sea mejorada por dote o contrato *inter vivos*; se le niega la posibilidad de escoger, para computar el valor de la dote, entre el momento de su constitución o el de la muerte del donante; se introduce como parámetro el valor de las rentas anuales que produzcan los bienes del padre en el momento en que constituye la dote, fijándose unas proporciones que, en

(35) *Ibid.*

(36) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, comentario a los arts. 1.340-1.343, p.363.

(37) *Ibid.*

la práctica, resultan de difícil cálculo y carentes de sentido, que no tienen en cuenta el número de hijas. Nada de esto soluciona el problema y las cartas de dote evidencian que con excesiva frecuencia los padres siguen endeudándose por esta causa, en perjuicio de las herencias del resto de sus hijos (38).

En otras ocasiones se producía el problema contrario, cuando la dote constituida resultaba mezquina y desproporcionada al caudal del padre. En ninguna ley se fijaba el tipo mínimo de la dote, pero para estos casos los autores coinciden en señalar que la hija podía pedir su aumento, para que la obligación de dotar no resultara ilusoria (39). Sobre ello estaba ordenado en el proyecto privado de Código Civil elaborado en 1832 por GOROSÁBEL que «la cantidad de dote que está obligado a dar el padre a la hija, ha de ser proporcionada a la riqueza y circunstancias del novio y de la novia. Sin embargo, la hija no puede reclamar contra lo que el padre le señalare, a no ser que la cantidad ofrecida sea excesivamente pequeña en proporción a la riqueza de éste» (40).

Esta ambigüedad en las leyes provoca incertidumbre entre la doctrina, que plantea situaciones no previstas por las normas legales e intenta darles solución. En este contexto leemos a E. TAPIA, quien afirma que el padre, si quiere, puede dar a una hija en dote más que a la otra, con tal que no exceda la dada a aquella más de lo que le corresponda por su legítima paterna; y no está obligado a dar en dote todo lo que la ley permite, sino a guardar los límites que prefija el derecho en la dotación de las hijas (41).

El Proyecto de 1851 pretende obviar todos estos inconvenientes señalando en relación a la cuantía de la dote que la misma consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta de la hija», y cuando ésta tenga bienes propios, lo que falte de su valor para cubrir esa cantidad (42). Si normalmente la legítima se computa según el valor de los bienes con relación al día del fallecimiento de los padres, en este caso debe determinarse conforme al tiempo en que se otorga la dote; éste es el significado del término «presunta». Como es necesario, para determinarla, una cuidadosa investigación de los bienes del padre, el Proyecto propone, para evitar los posibles perjuicios que de ello pudieran

(38) Vid. M. J. COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *El régimen económico...*, cit., pp. 403-410.

(39) Vid. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil, e Historia general de la legislación española*, t. V, vol. 1.º, 2.ª edic, reformada, corregida y aumentada, Madrid, 1912, pág. 683.

(40) P. GOROSÁBEL, *Redacción del Código Civil...*, cit., artículo 342, pág. 77.

(41) E. TAPIA, *Febrero Novísimo o Librería de juesces, abogados y escribanos*, t. I, Valencia, 1828, pág. 42, n.º

(42) Lo único que se decía al respecto en el Proyecto de 1836 era que la dote «no podrá exceder de lo que corresponda a la hija por su legítima» (art. 1.546).

derivarse, que los tribunales se atengan a la declaración de los padres dotantes y de los parientes más próximos a la hija, uno de la línea paterna y otro de la materna (art. 1269) (43). GARCÍA GOYENA aplaude esta medida: «los juicios para esta averiguación eran largos, difíciles, de mucho coste, y sobre todo odiosos. El artículo ataja todos estos inconvenientes, haciendo del juez un árbitro arbitrador, amigable componedor, un varón bueno, de cuya conciencia y decisión no haya ulterior recurso» (44).

La Audiencia de Mallorca, la Universidad de Salamanca y R. ORTIZ DE ZÁRATE (45), en los informes que emiten sobre el Proyecto de Código Civil de 1851, están de acuerdo en que debe reducirse la cuantía de la dote fijada en el mismo, porque unida a otras circunstancias puede resultar muy gravosa a los padres de edad. Proponen reducirla al tercio de la legítima, fijada con referencia al día del matrimonio, y no de la legítima presunta, como dice el Proyecto. Según Zárate, la dote calculada para la primera hija que se casa debe valer para las demás, y debe poder reducirse si los padres empobrecieron, sin necesidad de más averiguaciones (46).

Todo lo dispuesto por el Proyecto en relación a la cuantía de la dote pasa íntegramente al artículo 1.341 del Código Civil de 1889, donde se añade simplemente que los parientes a los que debe interpelarse para averiguar el patrimonio de los donantes han de residir en la misma localidad o partido judicial, y que, en defecto de ellos, los tribunales resolverán atendiendo solamente a las declaraciones de los padres (47). Se incorpora, eso sí, un artículo, en virtud del cual se permite a las personas obligadas a dotar que elijan entre entregar un capital o señalar una renta anual en concepto de frutos o intereses del mismo, de modo que les sea más cómodo y sencillo cumplir con esta obligación (art. 1.342).

MANRESA pone de manifiesto los inconvenientes que supone siempre el tener que señalar un límite a la dote, ya que una cuota fija supone desentenderse de la desigual fortuna de cada familia, y una cuota proporcional a los bienes requiere la investigación de esos bienes. Una vez que el legislador escogió el segundo sistema, quiso huir de toda averiguación inquisitiva de la

(43) «... Esta dote consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta. Si la hija tuviere bienes equivalentes a la mitad de su legítima, cesará esta obligación; y si el valor de sus bienes no llegare a la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que faltare. El juez hará la **regulación** sin mas investigaciones que la **declaración** de los padres dotantes, y la de los parientes mas próximos de la hija que sean varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna» (art. 1269).

(44) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., comentario al art. 1.269, pág. 283.

(45) Vid. *Observaciones al proyecto de Código Civil español*, Burgos, 1852.

(46) Vid. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 4: Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. 1 °, Madrid, 1970, pág. 269.

(47) La Ley de 24 de abril de 1958 suprime la cualidad de varones que se exigía a los parientes que eran reclamados para prestar declaración en estas cuestiones.

fortuna de los donantes, para lo cual prohibió tal investigación; asimismo, para evitar que los padres se vieran molestados con demandas y juicios costosos con los que se intentara exigirles el cumplimiento de su obligación, tuvo que marcar un procedimiento sencillo y dictar reglas especiales, lo más suaves posibles, para que se llevase a efecto el precepto legal ante el supuesto de resistencia de los padres y reclamación de los hijos (48).

También interpreta MANRESA que la cuantía que señala la ley no coincide en todo caso con la sexta parte del caudal (49), sino a la porción que dentro de ella deba corresponder a la hija, atendiendo al número de hermanos que existan en el momento de la donación. En su opinión no cabe racionalmente otra interpretación, porque en el caso de que un padre tuviese, por ejemplo, nueve hijas, no sería posible obligarle a que diese en dote nueve veces la sexta parte de su caudal; y añade que por legítima presunta hay que tomar la que correspondería a la hija en el momento de la donación (50).

En definitiva, no podrán dejarse de tener en cuenta a la hora de fijar la dote aquellos criterios tradicionales que atendían a la fortuna de los padres, a su posición social y al número de hermanos de la dotada.

V. REGIMEN DOTAL

V.1. PROPIEDAD, ADMINISTRACIÓN Y USUFRUCTO DE LOS BIENES DOTALES

V.1.1. *Situación anterior al Código Civil de 1889*

El derecho castellano tenía a la mujer como propietaria de los bienes dotales, pero debido a que el marido era el cabeza de familia y quien se encargaba de la administración del patrimonio conyugal, ella le entregaba dichos bienes, no para su consumo, sino para que los conservara, se hiciera cargo de los frutos, que debía emplearlos en el sostenimiento de las cargas del matrimonio, y, finalmente, se los restituyera al término de la sociedad conyugal. Desde el momento en que los bienes dotales entraban en poder del marido, éste comenzaba a ejercer sus funciones de administrador respecto de

(48) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit, t. IX, comentario a los arts. 1.340-1.343, págs. 360-361.

(49) La legítima la constituyen los bienes a los que, como sucesión respecto de los padres, tienen derecho los hijos por ministerio de la ley. La misma equivale a los dos tercios de la herencia, pero como de uno de ellos pueden los padres mejorar a alguno de sus descendientes legítimos, quedaría como legítima rigurosa presunta sólo un tercio; de modo que la mitad de la legítima rigurosa presunta, que es la tasa de la dote, correspondería a la sexta parte de la herencia.

(50) *Ibid*

los mismos, los cuales permanecían en sus manos hasta el término de la unión conyugal. Las leyes de *Partidas* hacían una salvedad para el caso de que la dote se estimara en el momento de su constitución, con una estimación que causara venta. En este caso, los bienes dotales pasaban a propiedad del marido, mientras que la mujer veía incrementado su patrimonio con un crédito equivalente al valor de los bienes cuya propiedad había pasado al marido.

Este último aspecto va a ser puesto en tela de juicio por la doctrina decimonónica, que se interroga sobre la conveniencia de mantener la tradicional división entre dote estimada e inestimada, según se tasaran o no los bienes al constituirse la dote. La estimada, a su vez, se subdividía en *venditionis causa* y *taxationis causa*, según que la valoración causara o no venta de los bienes a favor del marido.

CÁRDENAS se muestra claramente contrario a esta distinción: «...¿en qué puede fundarse la diferencia entre la dote estimada y la inestimada? ¿En que unos bienes suelen apreciarse y otros no? ¿En que unos se consumen forzosamente con el uso y otros no se consumen? ¿En que siendo el marido dueño de la dote estimada y ganando los aumentos de ella, debe responder también de su disminución? Estas consideraciones no justifican los trascendentales efectos que se les atribuyen, pues con dar apreciados todos los bienes dotales o estimarlos por el precio en que se vendieron, o por el que se les dé al tiempo de traerlos a colación, cesan las dificultades de la dote inestimada. Con mandar que los bienes fungibles se restituyan en especie, no habrá inconveniente en su devolución; y con no hacer al marido dueño de la dote, no hay necesidad de atribuirle sus aumentos ni sus deterioros, ni de obligarle a restituir sino lo que legítimamente quede de lo que recibiera» (51).

Conforme el Proyecto de 1851 con esta doctrina, declara al marido usufructuario y administrador de la dote, sin distinguir entre la estimada y la inestimada (diferenciación a la que sí confiere determinados efectos en lo relativo a la restitución de la dote, como más tarde veremos). En relación a la administración marital, el Proyecto atiende al supuesto de que la mujer pudiera tener fundados motivos para considerar en peligro la dote, confiriéndole facultad para solicitar a los tribunales «limitar las facultades del marido, y dictar cualquiera providencia que pareciere conveniente para evitar aquel peligro». Lo mismo se prevé cuando el marido «no provea a la conveniente subsistencia de la familia» (art. 1.294). Las *Partidas* concedían a la mujer este derecho cuando «el marido viene a pobreza por su culpa». En cambio, el Proyecto —como señala GARCÍA GOYENA—, en la línea de los códigos modernos, prescinde de que el peligro de la dote venga o no de culpa del marido; si lo hay realmente es forzoso aplicar un remedio. Pero se aparta de

(51) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., pág. 349.

los textos modernos para seguir el derecho romano y patrio —continúa GOYENA— en cuanto a no limitar la acción de la mujer y las facultades de los tribunales a la rigurosa separación de bienes. Entre este extremo y el peligro hay todavía medidas que, según las circunstancias particulares de cada caso, podrán adoptarse con igual éxito y sin «tanto ruido y desagrado» (52).

La Ley Hipotecaria de 1861 (art. 187) ratificará en este punto lo prescrito en las *Partidas* (4,11,29), disponiendo que cuando el marido no hubiere constituido hipoteca dotal y comenzare a dilapidar sus bienes, quedará a salvo a la mujer el derecho que le confieren las leyes para exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro o se pongan en administración.

V.1.2. *El Código Civil*

El Código de 1889, en cuya génesis participan en esta cuestión el derecho histórico y la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861, sí atiende a la clasificación dote estimada/dote inestimada. La misma, sin embargo, ya no se basa en la valoración, sino en la naturaleza jurídica de la dote. En él no hay más que una dote estimada y otra inestimada, sin más distinciones. De la primera es propietario el marido; de la segunda, la mujer.

Dice el artículo 1.346 que será estimada la dote «si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución, transfiriendo su dominio al marido y quedando éste obligado a restituir el importe», y que será inestimada «si la mujer conserva el dominio de los bienes, háyanse o no evaluado, quedando obligado el marido a restituir los mismos bienes». De estas definiciones resultan los caracteres esenciales de ambas. De la estimada, la evaluación necesaria de los bienes al tiempo de la constitución de la dote, la transferencia de su dominio al marido, la atribución al mismo del incremento o deterioro de la dote y la obligación marital de devolver el importe por el que la recibió. De la inestimada, la evaluación potestativa de los bienes, la conservación de su dominio por la mujer, la atribución a la misma del incremento o deterioro de la dote, la enajenación de los bienes por la mujer con consentimiento de su marido y la obligación de éste de restituir los mismos bienes que recibió, por regla general.

(52) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., comentario al artículo 1.294, pág. 307.

A) Dote estimada

El marido detenta el dominio de los bienes dotales, que se le transfiere en virtud del acto de constitución de la dote (art. 1.346). Según LACRUZ, los bienes que comprende la dote estimada pasan en plena propiedad al marido y se disuelven en su patrimonio. Tales bienes dejan de ser dotales y apenas están sometidos a alguna regla especial, como la obligación de inscribirlos para hipotecarlos a continuación en favor de la mujer —si la hipoteca no se constituye sobre otros bastantes para garantizar la estimación de los dotales transferidos (art. 1.349, núm. 1º), la obligación de depositar determinados bienes muebles (art. 1.355) y la prohibición de enajenar los que señala el artículo 1.359, ambas hasta la prestación de la garantía hipotecaria (53).

Sin embargo, como señala CASTÁN, con relación a la dote misma el marido es, más que dueño, deudor, pues es deudor del precio de estimación (54), idea de la que el Tribunal Supremo ha deducido que la mujer, respecto a terceros, no está desposeída en absoluto de los bienes dotales estimados (55).

Otros derechos del marido sobre los bienes dotales estimados, derivados de su posición de propietario de los mismos, son: pedir que se deshaga el error o agravio cuando se vea perjudicado por la valoración de la dote (así se establece en el artículo 1.348, que no concede el mismo derecho a la mujer (56); hacer suyo el incremento de la dote, como lo son también las disminuciones (art. 1.347); administrar los bienes y usufructuarlos a título de dueño, aunque sin olvidar que los frutos pertenecen a la sociedad de gananciales y se emplearán en el levantamiento de las cargas del matrimonio; disponer libremente de los bienes; si se trata de efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles, que no estén asegurados con hipoteca, puede el marido sustituirlos con otros equivalentes o enajenarlos, con consentimiento de la mujer si ésta fuese mayor, y con el de las personas a que se refiere el

(53) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., págs. 353-354.

(54) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, t 5.º, vol. 1.º, 10.ª edic... cit., pág. 572.

(55) La idea de que los bienes constituidos en dote estimada no quedan completamente desvinculados del patrimonio de la mujer palpita en el Código de Comercio y en la doctrina civil del Tribunal Supremo. El primero (art. 909, núm. 1.º) considera de dominio ajeno, por no haberse transferido al quebrado por un título legal e irrevocable. Los bienes dotales estimados que se conservaren en poder del marido, y concede a la mujer, frente a los acreedores de éste, el derecho de separar dichos bienes de la masa de la quiebra, si constare su recibo por escritura pública inscrita con arreglo a los artículos 21 y 27 de aquel Código. Y el Tribunal Supremo ha establecido que, siendo el marido deudor del precio, no debe considerarse a la mujer desposeída en absoluto de los bienes dotales estimados, y ha sacado de esta idea diversas consecuencias (Sentencias de 26 de mayo de 1908 y 31 de marzo de 1914).

(56) Las *Partidas* eran más justas en este punto, ya que le otorgaban también a ella la posibilidad de pedir que se deshiciere el error o agravio si se consideraba perjudicada por la valoración dada a los bienes de la dote estimada (P. 4,11,16).

artículo 1.352 si fuese menor, a condición, si los enajena, de invertir su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros (art. 1.359); enajenar sus bienes propios, hipotecados en seguridad de la dote, sin consentimiento de la mujer, dejando subsistente la hipoteca legal constituida sobre ellos a favor de aquélla (así lo establecía el artículo 189 de la Ley Hipotecaria de 1861 y, aunque las posteriores han prescindido de dicho precepto, cree CASTÁN hay que seguir entendiéndolo así (57).

La mujer, por su parte, se convierte en acreedora del marido por el importe de la estimación de los bienes cuya propiedad ha pasado a aquél. El crédito dotal no tiene hoy, a diferencia de lo que ocurría en el derecho histórico, un privilegio *per se*; abolida la hipoteca tácita, es preciso constituir hipoteca expresa para que adquiera rango preferente. De lo contrario, y tratándose de dote estimada entregada en escritura pública, sólo tendrá la condición de crédito escriturario, y habrá de graduarse con arreglo a su fecha, no teniendo preferencia sino sobre los créditos de fecha posterior. Así lo pone de manifiesto LACRUZ, y añade que en el Código Civil se refleja esto no sólo de una manera negativa, al no conceder privilegio alguno al crédito dotal, sino positiva (art. 1.422): la preferencia de la dote en la liquidación proclamada en el artículo 1.421, no existe frente a los acreedores (58).

La mujer tiene en la dote estimada derechos o garantías específicas, como son: pedir la constitución de la hipoteca dotal (arts. 1.349 y 1.352) y mientras no se constituya, pedir que los efectos públicos y valores cotizables se depositen a su nombre, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto (art. 1.355); reclamar de su marido la subrogación de la hipoteca (o sea, la constitución de una hipoteca nueva en sustitución de la anterior) cuando con su consentimiento se extinga, reduzca o posponga la constituida para garantizar el importe de la dote (art. 183 de la Ley Hipotecaria); exigir la restitución del importe por el que fue valuada la dote (arts. 1.346, ap. 2.º, y 1.366) (59).

B) Dote inestimada

La dote inestimada es una masa de bienes, propiedad de la mujer, sobre la que tiene el marido derechos muy amplios. Constituida inicialmente por los que ella aporta como dotales o en tal calidad le dona el marido o terceras personas, puede incrementarse por las adquisiciones de la mujer, constante

(57) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º vol. 1.º, 10.ª edic., cit., pág. 573, n. 1.

(58) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., págs. 354-355.

(59) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º, vol. 1.º, 10.ª edic, cit., págs. 573-574.

matrimonio, a título lucrativo con carácter dotal. Estos bienes no responden de las deudas del marido por tratarse de bienes de la mujer, y tampoco responden ilimitadamente por las deudas de ésta.

Dispone el artículo 1.357 que «el marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyen la dote inestimada». Sin embargo, las facultades que ostenta sobre la dote inestimada exceden de las correspondientes a un administrador y usufructuario. Dice LACRUZ que el marido no puede ser comparado con el administrador extraño de un patrimonio ajeno, ni con un simple usufructuario: la dote es un patrimonio destinado al mantenimiento de la familia, y el marido, como jefe de la misma, la gobierna con libertad, si bien con el criterio de un *diligens pater familias*. Su derecho-deber no puede limitarse a los actos de simple administración o a la exclusiva percepción de los frutos: se asemeja al goce y administración de un propietario (60). Las facultades del marido sobre la dote inestimada han llegado a ser consideradas por algunos como la emanación de un derecho unitario *sui generis* de carácter familiar y absoluto, como una especie de *dominium civile*, cuyo titular, el marido, se halla equiparado a un poseedor de buena fe (art. 1.368).

Siguiendo a CASTÁN (61), los derechos que corresponden al marido sobre la dote inestimada pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1.º Administrar los bienes que constituyan la dote, teniendo, en general, los derechos y obligaciones anexos a esa administración (art. 1.357), sin poder dar en arrendamiento los inmuebles por más de seis años, y siendo en todo caso nulas las anticipaciones de rentas de tres o más años (62) (art. 1.363).

2.º Usufructuar los bienes de la dote, también con los derechos y obligaciones anexos al mismo que no sean objeto de modificación especial (art. 1.357); no estando obligado el marido a prestar la fianza de los usufructuarios comunes, pero sí a inscribir en el Registro, si no lo estuvieren, a nombre de la mujer y en calidad de dote inestimada, todos los bienes inmuebles y derechos reales que reciba en tal concepto, y a constituir hipoteca especial suficiente para responder de la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles (art. 1.358), y respondiendo del deterioro que por su culpa o negligencia sufran los bienes dotales (art. 1.360, apartado 2.º).

3.º En relación a las expensas y mejoras hechas por el marido en las cosas dotales inestimadas, el artículo 1.368 le aplica lo dispuesto en relación

(60) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., págs. 354-368.

(61) *Derecho civil español, común y foral*, t. 5º, vol. 1º, 10.ª edic, cit., pág. 574 y ss..

(62) G. BURÓN aplaude la limitación de tiempo que impone el Código al marido en este punto, que tiende a evitar que la mala fe del marido pueda hacer ilusorio el derecho de dominio que corresponde a la mujer (*Vid. Derecho civil español...*, cit., t. I, pág. 402).

al poseedor de buena fe. Por tanto, el marido puede exigir como tal el abono de los gastos necesarios (los que exige la conservación de las cosas, pues sin ellos éstas hubieran perecido o disminuido de valor), porque éstos se abonan a todo poseedor; y los útiles (aquellos que aumentan el valor de las cosas con relación al que tenían antes), pudiendo retener la cosa hasta que se le satisfagan, si bien puede optar la mujer o sus herederos por abonar su importe o el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa; respecto de los de mero lujo o recreo (los que adornan las cosas sin hacerlas aumentar de valor), no le son abonables, como tampoco al poseedor de buena fe, pero puede llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre ésta deterioro, y si la mujer o sus herederos no prefieren abonar el importe de lo gastado (arts. 1.368, 453 y 454 CC). *Las Partidas* (4,11,32) habían establecido un sistema semejante, en virtud del cual el marido sólo podía exigir el abono de los gastos necesarios y útiles, no los de mero lujo, a no ser que con ellos hubiesen sido mejorados los bienes, aumentando sus productos.

4.º Corresponden al marido los frutos naturales o industriales de los bienes dotales inestimados desde que se alzan o separan y los civiles desde que se devengan (art. 451 y, por analogía, artículo 1.401, núm. 3.º). En la sociedad de gananciales dichos frutos se consideran comunes y, por ello, más que al marido corresponden a la sociedad conyugal.

5.º Intervenir en las enajenaciones de bienes hechas por la mujer, prescindiendo de su consentimiento a las mismas (art. 1.361).

6.º Sustituir o enajenar, con las mismas condiciones que en la dote estimada, los efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles no asegurados con hipoteca (art. 1.359)

En cuanto a la mujer, sólo cuando el marido contravenga los criterios de una buena administración, perjudicando la integridad de los bienes usufructuados sobre los que no puede disponer, podrá instar la adopción de medidas destinadas a mantener tales bienes en su integridad. A pesar de ello, la mujer goza de importantes derechos en relación a estos bienes (63): conservar el dominio de los bienes dotales (arts. 1.346 y 1.360), procediendo la inscripción de los inmuebles en el Registro, si no lo estuvieren ya, a nombre de la mujer y en su calidad de dote inestimada (art. 1.358); hacer suyo, en consecuencia, el incremento de la dote, así como son también de su cuenta los deterioros (art. 1.360, apdo. 1.º); exigir al marido responsabilidad de los deterioros que los bienes hayan sufrido por culpa o negligencia de éste (art. 1.360, apdo. 2.º); prestar su consentimiento para los arrendamientos a que se refiere el artículo 1363 antes citado; enajenar, gravar e hipotecar los bienes,

(63) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º, vol. 1.º, 10.ª edic., cit., págs. 574-575.

con consentimiento de su marido (art. 1.361, apdo. 1.º); exigir del marido constitución de hipoteca por el importe de los bienes enajenados (art. 1.361, apdo. 2º) (64); comprometer los bienes de la dote inestimada en los términos del artículo 1.362, a cuyo tenor responden aquéllos de los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer o de su orden, bajo la tolerancia del marido, si bien debiendo hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido.

V.2. ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DOTALES

El derecho romano trató de asegurar con la dote un patrimonio intangible a la familia, haciendo muy difícil la enajenación de los bienes dotales, aun con el acuerdo de ambos cónyuges. En esta misma línea, las *Partidas* (4,11,7) prohibieron al marido vender «nin enagenar, nin malmeter mientra que durase el matrimonio, la dote que rescibió della; fueras ende, si la diese apreciada porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque á cada uno dellos libre é quito lo suyo».

Este rigor había desaparecido en el derecho español en virtud de la práctica, pues se consideraban válidas las enajenaciones con tal de que interviniera la mujer en el contrato, prestase su permiso jurado y renunciase especialmente a sus derechos. Y para hacerle menos gravosa dichas enajenaciones, podía ella reclamar en los bienes de su marido el precio en que se vendió la finca dotal, y no siendo suficientes, recobrar del comprador dichos bienes o su importe, a elección de éste. Esto no se permitía, sin embargo, cuando ella celebraba por sí sola el contrato de venta con licencia de su marido y recibía el precio, ni si cuando consintió y juró el contrato, el marido no tenía bienes con que reintegrarle su importe, aunque si era gravemente engañada o perjudicada, podía reclamar, precediendo la relajación del juramento (65).

La propuesta de la Comisión de Códigos en el tema presenta algunas ventajas respecto del sistema anterior, aunque no por ello deja de tener también algunos inconvenientes. El Proyecto de Código Civil de 1851 permite al marido disponer de los bienes dotales muebles, pero está obligado a constituir hipoteca por ellos antes o al tiempo de recibirlos, y si no tuviera inmuebles propios, hipotecará los primeros que adquiriera para sí o para la sociedad legal (arts. 1.278 y 1.279). En este momento todavía la garantía de la que gozan

(64) El Código sólo habla de que «los enajenare», pero se cree que procederá también esta hipoteca cuando la mujer grave o hipoteque los bienes de su dote inestimada, porque es principio de derecho que el gravamen e hipoteca están equiparados hipotecariamente a la enajenación en sentido estricto.

(65) Vid. G. BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español...*, cit., pág. 413.

estos bienes es la hipoteca general tácita, aunque los autores ven ya las ventajas que reportaría una hipoteca especial, que salvaría muchos fraudes en perjuicio de terceros (66).

En cuanto a los inmuebles dotales, la regla general será que ni el marido, ni la mujer, ni ambos conjuntamente, pueden enajenar ni obligar los bienes raíces dotales, salvo en ciertos casos y con determinadas condiciones. Así, el marido podrá enajenarlos siempre que haya asegurado la restitución de su valor con hipoteca especial, constituida en las capitulaciones matrimoniales o después, pero con intervención de los padres o de los dos parientes más cercanos de la mujer, o constituyendo la hipoteca sobre los mismos bienes que enajena (arts. 1.280 y 1.281). CÁRDENAS entiende que la necesidad de vender estos bienes es poco frecuente y dicha venta pone mucho más en peligro la subsistencia de la dote que la venta de los muebles; por ello, el legislador establece mayores dificultades para la enajenación de estos bienes (67).

J. ESCOBAR critica la innovación que introduce el Proyecto en el artículo 1.281, esto es, que se permita al marido enajenar los bienes inmuebles dotales sin el consentimiento de su mujer —requisito exigido hasta entonces por el derecho— sustituyendo dicho consentimiento por una hipoteca que responda del valor de la finca vendida. Aunque GARCÍA GOYENA había entendido que en el artículo se presupone también el requisito del consentimiento de la mujer, ESCOBAR no lo cree así, pues si esa hubiera sido la intención de quienes elaboraron el artículo, lo habrían establecido expresamente. Tampoco está de acuerdo este autor con GOYENA en que el precepto sea una mejora del derecho existente, pues si radica en que se satisface la exigencia de interés público de que no esté fuera de circulación durante el matrimonio la masa de inmuebles dotales, aunque esto se consigue con el fondo que se enajena, no ocurre lo mismo con el que se hipoteca, ya que la finca sujeta a fianza no es enajenable. La innovación del Proyecto introduce, según ESCOBAR, dos perjuicios: 1.º, que, al no necesitarse para la enajenación el consentimiento de la mujer, puede ocurrir que ésta vea desaparecer de su caudal, por la enajenación caprichosa del marido, aquellas fincas a las que tenga un afecto especial; y 2.º, que, pudiendo el marido constituir la hipoteca en la forma prevista en el artículo 1.285, puede que esa garantía no satisfaga los deseos ni la seguridad de los intereses de la mujer, a la cual no hay que consultar, a pesar de ser más interesada que los parientes y personas que se mencionan en él (68).

(66) Vid. F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., págs. 349-350.

(67) *Ibid.*

(68) J. ESCOBAR, «Algunas reflexiones sobre el Proyecto del Código Civil español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año tercero, t. VII, Madrid, 1855, pág. 135 y ss, esp. págs. 137-138.

En los casos en que convenga al matrimonio la enajenación de algunos bienes inmuebles dotales, y no sea posible constituir hipoteca que garantice su devolución, el proyecto permite dicha venta exigiendo para ello la autorización del juez y otras condiciones: que se pruebe la necesidad de enajenar; si tiene por objeto alguna transacción o permuta, u otra causa de considerable utilidad, han de solicitar la enajenación ambos cónyuges; cuando la misma tenga por objeto favorecer a algún descendiente o cumplir algún oficio de piedad respecto al marido, ascendientes o descendientes, habrá de solicitarlo la mujer, ser oído el marido y quedar bienes con que cubrir las cargas del matrimonio; en todo caso la venta habrá de hacerse en subasta pública y sólo de los bienes que basten para cubrir la atención de que se trate (art. 1.282). Además, se establece que la disminución que experimente la dote por esta causa es indemnizable a la mujer sólo en cuanto haya aprovechado al marido (art. 1.283).

El sistema de inalienabilidad se consideró contrario a la circulación de la riqueza y a los mismos intereses de la familia. Por ello, la Ley Hipotecaria de 1861 (69), rompiendo con los principios de las *Partidas* y de acuerdo con la legislación desvinculadora de la época y las aspiraciones más generales estableció en su artículo 188, aunque con redacción técnicamente defectuosa, la libre alienabilidad de los bienes dotales conjuntamente por el marido y la mujer: «quedando a salvo a la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitución de los enajenados o gravados, o los primeros que adquiriera cuando carezca de ellos al tiempo de verificarse la enajenación o de imponerse el gravamen».

Luego, el artículo 1.361 del Código Civil va a disponer que «la mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada, si fuese mayor de edad, con licencia de su marido, y, si fuere menor, con licencia judicial e intervención de las personas señaladas en el artículo 1.352. Si los enajenare, tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto a los bienes de la dote estimada».

Los bienes dotales estimados, por su parte, se pueden enajenar, gravar e hipotecar por el marido, porque son suyos (art. 1346). Ciertamente es que pueden estar hipotecados para seguridad de la restitución de la dote, pero, como señala CLEMENTE DE DIEGO, por la enajenación no desaparece la hipoteca, y las que imponga nuevas serán posteriores a la de la mujer. Si la dote estimada consiste en muebles, no hay duda que puede enajenarlos, porque es dueño de ellos, y la mujer no perderá, porque estarán suficientemente garantizados (70).

(69) En su Exposición de Motivos explicaba que «el derecho antiguo dejaba fuera de circulación la gran masa de bienes dotales en perjuicio de las necesidades del propietario, que en medio de riquezas considerables puede encontrarse reducido a la indigencia».

(70) F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, t. II, Madrid, 1959, págs. 521-522.

En relación a los inmuebles, establece el Código que si se vende una finca o derecho real, y en equivalencia se adquiere dinero, valores u objetos muebles, el marido tiene obligación de constituir hipoteca, como si se tratara de dote estimada (art. 1.361, apdo. 2.º). Si no se tratara de venta y sí de permuta, la obligación del marido consistirá en inscribir a favor de la mujer, y con la cualidad de dotales, las fincas o derechos adquiridos. En cuanto a los muebles, la cosa dada será sustituida por la recibida o por su precio o equivalente.

Finalmente, y en relación a los bienes fungibles, valores o efectos no asegurados con hipoteca, establece la ley que el marido deberá sustituirlos por otros equivalentes o invertir su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros (art. 1.359).

VI. ASEGURAMIENTO DE LA DOTE

Al tener la dote como objeto atender las cargas del matrimonio, y al ser un patrimonio que debe ser devuelto a la mujer o sus descendientes al término de la unión conyugal, los bienes que la integran o su importe deben conservarse en la sociedad conyugal todo el tiempo que ésta dure, debiendo la ley adoptar para su conservación todas las garantías necesarias. Las medidas existentes en el derecho decimonónico español para la conservación de la dote resultan insuficientes o perjudiciales. De ello nos da noticia CÁRDENAS (71), que nos hace una descripción muy clara de la situación con la que se encuentra el legislador en 1851 cuando se dispone a abordar esta cuestión. Explica que el marido, como dueño de la dote estimada, puede enajenarla libremente sin más responsabilidad que devolver su precio bajo la garantía de la hipoteca tácita de todos sus bienes; pero como todos los maridos no son acaudalados, suelen disiparse las dotes de las mujeres, se deja de atender con ellas las cargas del matrimonio y cuando éste se disuelve, no hay bienes para restituir su importe. Otras veces, aprovechándose el marido de la dote de su mujer, realiza especulaciones arriesgadas, pero de cuyo beneficio, si lo hubiere, ha de participar la sociedad conyugal; contrae deudas, y cuando llega el momento de pagarlas, invoca los privilegios del crédito dotal, deja burlados a sus acreedores y la mujer no pierde nada de sus bienes, a pesar de haber participado en las ganancias. En cuanto a la dote inestimada, el marido no puede enajenar ni obligar los bienes en que consista, porque se lo prohíbe expresamente la ley; pero a pesar de la prohibición, en la práctica suelen hacerse enajenaciones si intervienen determinados requisitos. Así, el derecho canónico permite la enajenación del fondo dotal inestimado siempre que la mujer consienta a ello con juramento; y aunque esto es inconsecuente con los prin-

(71) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., págs. 350-351.

cipios que determinan la inalienabilidad de la dote y la fuerza del juramento en los contratos, lo admiten la mayor parte de los autores, eludiendo la ley de *Partidas* que dispone lo contrario.

El sistema de garantías que protege la dote es susceptible de división, a la hora de realizar un análisis más detallado, en virtud de la persona que las preste.

VI.1. GARANTÍA DE LA DOTE PRESTADA POR EL CONSTITUYENTE: RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN

En el derecho romano, si la dote era estimada, el constituyente estaba obligado a prestar la garantía, porque se consideraba al marido como comprador. Si era inestimada y se había constituido bajo la forma de la *promissio* o de la *dictio*, sucedía lo mismo, porque, habiendo contraído el constituyente la obligación de transferir la propiedad, no podía decirse que lo había conseguido dando cosas susceptibles de evicción; pero se si había constituido bajo la forma de la *datio*, como el constituyente sólo declaraba que aquéllos eran los bienes que daba en dote, únicamente era responsable de evicción en el caso de que la hubiera estipulado expresamente.

En nuestro derecho histórico, las *Partidas* habían establecido la responsabilidad por evicción en tres supuestos: cuando se prometió la dote, cuando hubo dolo en su constitución y cuando la cosa dotal se dio estimada con una estimación que causó venta. Este último supuesto era criticado por la doctrina, ya que no parecía equitativo por parte de la ley que se sujetara en todo caso a la evicción y saneamiento de las cosas dadas en dote apreciada al que la constituía. Según CÁRDENAS, para determinar este punto deberían tenerse en cuenta la obligación del dotante, el perjuicio de la dotada y si hubo o no fraude en la constitución dotal. Estando el padre obligado a dotar a sus hijas, si alguna de ellas pierde su dote a consecuencia de la evicción, o una parte de ella, de forma que le quede menos de la mitad de su legítima, es justo que pueda reclamar del padre una dote nueva o el complemento de la que le corresponde. Pero si la pérdida que sufre la hija no deja reducida su dote a menos de la mitad de su legítima, o si el que la dio no tenía obligación de dotarla, tanto éste como el padre son verdaderos donantes y no deben responder de la evicción, salvo que expresamente se obliguen a ello. Si hubo fraude en la constitución de la dote, no sería lícito que quien obró de mala fe no respondiera del perjuicio causado (72). Esta es también la doctrina del Proyecto de 1851, que en su artículo 1.270 establece que quienes tienen obliga-

(72) F CÁRDENAS, *Op. cit.*, pág. 347.

ción de dotar y quienes no teniéndola, constituyeron la dote fraudulentamente, quedan sujetos a responsabilidad por evicción.

Cuando la dote se constituye voluntariamente por quien no tiene obligación de hacerlo, se entiende *a contrario sensu* que el constituyente no queda sujeto a la responsabilidad por evicción; lo contrario supondría un perjuicio para el dotante, que optaría por no constituir aquella dote.

El artículo 1.270 del Proyecto de 1851 no se recoge en el Código Civil de 1889, que a diferencia de otros códigos extranjeros, no dice nada sobre garantía de la dote por el constituyente. Este silencio significa que no hay, en principio, saneamiento de dote. El artículo 1.339 nos lleva, para suplir las normas de la dote, no a las de la venta, sino a las de la donación, entre las cuales está el artículo 638, que prescribe que el donante no está obligado al saneamiento de las cosas donadas.

CASTÁN cree, sin embargo, que no habría inconveniente en admitir que tendrá excepcionalmente obligación de responder de evicción el constituyente de la dote en los casos siguientes: 1.º, si la dote tiene el concepto de obligatoria; 2.º, si se ha prometido o estipulado expresamente la evicción; 3.º, cuando la evicción proceda de dolo o fraude del donante (arts. 1.102 y 1.397); 4.º, cuando se trate de donación que imponga cargas al donatario y en los límites de dichas cargas (73).

VI.2. GARANTÍA DE LA DOTE PRESTADA POR EL MARIDO

Desde el derecho romano el marido está obligado a restituir la dote, en especie o en valor, según su naturaleza. Para ello es necesario el establecimiento de determinadas garantías, entre las cuales destaca casi por su exclusividad la hipoteca dotal. Justiniano establece ya una hipoteca tácita general sobre los bienes del marido, a favor de la mujer y de aquellos que pueden pedir la restitución de la dote, hipoteca que nace el día del matrimonio, y que es privilegiada sobre todas las demás, incluso anteriores al matrimonio. Esta hipoteca dotal, a través del Derecho común, pasa a las *Partidas* (5,13,23 y 5,13,33) con los caracteres de general (porque recaía sobre todos los bienes del marido, presentes y futuros), tácita (se constituía sin palabras o sin ser necesaria la reclamación de la mujer, supuesta la celebración del matrimonio y la entrega de la dote), legal (era impuesta por ministerio de la ley) y privilegiada (se concedió a la mujer, por el favor que ha merecido al legis-

(73) Todo ello se ve reforzado, después de la reforma de 1981, por lo dispuesto en el artículo 1.340: «El que diere o prometiére por razón de matrimonio sólo estará obligado a saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado con mala fe» (*Vid J. CASTÁN TOBENAS, Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º vol. 1.º, 10.ª edic, cit., págs. 575-576).

lador la conservación de la dote, el beneficio de prelación sobre otros acreedores del marido, excepto de la Cámara del rey). Así duró hasta que la Ley hipotecaria de 1861, al establecer los principios de especialidad y publicidad, la sustituyera por una hipoteca especial y expresa, sujeta a los mismos principios que las restantes hipotecas. La ley, desde entonces, se limita a facultar a determinadas personas para pedir su constitución, a compeler al marido para constituirla y, en un caso especial, a presumir *iuris et de iure* la voluntad de hipotecar del marido. La hipoteca, por otra parte, no es condición *sine qua non* para la constitución de la dote, con el fin de facilitarla al máximo.

En nuestro Código Civil, las garantías establecidas para asegurar la restitución de la dote son las siguientes: la inscripción como propios de la mujer de los inmuebles que constituyen la dote inestimada (arts. 1.358 CC, 169-2.º LH, y 254 y 256 RH); la hipoteca dotal por el importe de la estimación de los muebles de la dote inestimada y de todos los bienes de la estimada (art. 1.351 y concordantes); la obligación de hipotecar los bienes futuros de que tratan los artículos 1.354 CC, 180 LH y 258 RH. Hay un caso en que la no prestación de garantía obliga a tomar medidas especiales (art. 1.355, concordante con el 1.384): «Siempre que el todo o una parte de los bienes que constituyan la dote estimada consista en efectos públicos o valores cotizables, y mientras su importe no se halle garantizado por la hipoteca que el marido está obligado a prestar, los títulos, inscripciones o documentos que le representan se depositarán a nombre de la mujer, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto».

Hay que diferenciar (según hacen todos los autores, siguiendo el método del maestro JULIÁN ARRIBAS) cuatro hipótesis, combinando las divisiones de la dote en estimada o inestimada, mueble e inmueble, para determinar la forma en que el marido debe cumplir su obligación de garantizar la dote de su mujer (74).

1.º Respecto de la dote estimada inmueble, el marido está obligado a hipotecar en favor de la mujer los mismos bienes inmuebles y derechos reales que reciba u otros bastantes para garantizar la estimación de aquéllos (arts. 1.349-1.º CC y 169-1.º LH). El Código, a diferencia de la Ley Hipotecaria antigua, que sólo hablaba de la hipoteca constituida sobre los mismos bienes dotales, admite también la constituida sobre otros distintos. El nuevo texto se ha fundado —dice CASTÁN— en que puede convenir al marido y no perjudicar a la mujer quedar dueño absoluto, sin gravamen, de los bienes que forman la dote estimada inmueble. Sin embargo, en algún caso esa facultad puede ser perjudicial para la mujer, como en aquél en que el valor de los bienes hipotecados por el marido no guarde relación exacta con el de los inmuebles

(74) Seguimos a CASTÁN (*Op. cit.*, págs. 669-673). Vid, además, G. BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español...*, cit., págs. 408 y ss.

componentes de la dote, cosa que es imposible que ocurra cuando los mismos bienes recibidos son los responsables de su estimación (75).

2.º En cuanto a la dote estimada mueble, si puede constituirse hipoteca, el marido está obligado a asegurar con hipoteca especial suficiente los bienes que se le entreguen (art. 1.349-2.º CC y 169-3.º LH). La misma puede ser constituida por el marido o una tercera persona en su nombre y la cantidad que debe asegurarse no excederá del importe de la estimación (art. 1.350 CC). En cuanto a la posibilidad de su reducción, si se redujere el importe de la dote por exceder de la cuantía que el derecho permite, se reducirá la hipoteca en la misma proporción (art. 1.350 CC y 176 LH). Dejará de surtir efecto la hipoteca y podrá cancelarse siempre que por cualquier causa legítima quede dispensado el marido de la obligación de restituir (art. 1.351 CC y 174 LH).

Si no puede constituirse hipoteca, para asegurar la dote estimada mueble se prevé una doble garantía. Primera, la obligación de hipotecar los bienes futuros: si el marido careciese de bienes propios con que constituir la hipoteca lo declarará así y se obligará a hipotecar los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera (art. 1.354 CC), pero sin que esta obligación pueda perjudicar a terceros mientras no se inscriba la hipoteca (art. 186 LH y 220 RH). Segunda, el depósito de los efectos públicos o valores cotizables: mientras su importe no esté garantizado por la hipoteca, los títulos, inscripciones o documentos de aquéllos, se depositarán a nombre de la mujer, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto (art. 1.355 CC). Dice MANRESA que el requisito de que se depositen a nombre de la mujer significa que no se realiza la transmisión del dominio a favor del marido, sino que se suspende la transferencia, quedando realmente como inestimada la dote hasta que se constituya la hipoteca legal procedente (76). La frase «con conocimiento del marido» que se incluye en la ley no resulta suficientemente explícita. Cree CASTÁN que el Código debiera emplear, en su lugar, la de «intervención del marido», pues si éste sólo tuviera conocimiento y no otra intervención, la mujer podría retirar aquellos valores en cualquier momento (77).

3.º La tercera posibilidad a tener en cuenta es la del aseguramiento de la dote inestimada inmueble. Respecto de ella, no hace falta hipoteca, porque los inmuebles llevan en sí mismos la seguridad de su restitución mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad. Por ello la ley se limita a ordenar que se inscriban dichos bienes como propios de la mujer, expresando su

(75) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 5.ª edic., cit., t. 3.º, pág. 670.

(76) J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, comentario a los arts. 1.347-1.355, pág. 403.

(77) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 5.ª edic., cit., t. 3.º, pág. 671.

cualidad de **dota**les inestimados (art. 1.358 CC y 173, apdo. 2º, LH), y si ya estaban inscritos a nombre de ella, que se haga constar por nota marginal dicha cualidad (art. 173, apdo. 2º, LH).

4.º Finalmente, para asegurar la dote inestimada mueble, se aplican en su garantía las mismas reglas de la dote estimada (art. 1.356 CC), pues aunque retenga el dominio la mujer y el marido tenga obligación de devolver los mismos bienes, éstos pueden desaparecer, haciendo ilusorio el derecho de aquélla.

VII RESTITUCION

VII.1. CAUSAS QUE LA PROVOCAN

Desde las *Partidas*, el destino normal de la dote era retornar a la mujer —quien a pesar de no tener la posesión seguía siendo su **propietaria**— o a sus herederos tras la disolución del matrimonio. La causa más común que provocaba este efecto era la muerte de uno de los cónyuges, aunque hubo otras que también se tuvieron en cuenta, como la nulidad del matrimonio e, incluso, la separación. En esta línea, el Proyecto de Código Civil de 1836 prevé que la restitución de la dote tenga lugar no sólo tras la muerte de uno de los cónyuges, sino también cuando el matrimonio se declare nulo o exista sentencia judicial de separación. En este último caso, si la causa de la separación radica en adulterio de la mujer, perderá la mitad de los bienes **dota**les en favor de su marido (arts. 1.563-1.566). El Proyecto de 1851, por su parte, se referirá a la disolución del matrimonio y a la declaración de nulidad del mismo, así como a aquellos casos en que pasa a la mujer la administración de la dote, aparte de los supuestos en que así lo declaren los tribunales (art. 1.295). Este precepto pasó al Código Civil de 1889, en cuyo artículo 1.365 puede leerse: «La dote se restituirá a la mujer o a sus herederos en los casos siguientes: 1º. Cuando el matrimonio se disuelva o se declare nulo. 2º. Cuando se transfiera a la mujer la administración de su dote en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 225. 3º. Cuando los tribunales lo ordenen con arreglo a las prescripciones de este Código».

Junto a la inhabilitación del marido **como** administrador de la dote y la disolución del matrimonio, habría que tener también en cuenta entre las causas que dan lugar a la restitución de la dote, las circunstancias de condición o plazo que se estipulen en el acto de su constitución cuando se trate de dote voluntaria (78).

(78) Hoy habría que aludir a una nueva circunstancia, la mutación del régimen económico matrimonial, al amparo del artículo 1.320, tal como fue redactado en 1975, y

Las leyes de *Partidas* incluían algunos casos en los que el marido no estaba obligado a restituir la dote: cuando la mujer es condenada por adulterio (79), cuando ambos consortes lo hubiesen pactado para el caso en que muera ella antes que él, por costumbre del país y cuando el matrimonio se disuelve o anula por algún impedimento dirimente que la mujer ocultó con malicia y él ignoraba al tiempo de celebrar el contrato (*Partidas* 4,11,23 y 5,14,50). CÁRDENAS critica todos estos supuestos, calificándolos de inconvenientes y peligrosos. El primero de ellos da ocasión «á que algunos hombres de costumbres depravadas abandonen ó inciten á sus mujeres al adulterio y la corrupcion, á fin de ganarles las dotes que aportaron, satisfaciendo con este tráfico inicuo su indigna codicia»; no imponiéndolo ya el Código Penal, debe desaparecer también de la ley civil. Los otros casos tampoco están en uso, por lo que el Proyecto de Código Civil de 1851 (y antes el de 1836), no dispensa al marido por ningún motivo de la restitución de la dote (80).

Del Código Civil de 1889 pueden deducirse, sin embargo, determinados supuestos en los que no tiene lugar dicha restitución:

— En relación a la separación o divorcio, la mujer culpable pierde la dote constituida por el marido inocente o por otra persona en consideración a éste (arts. 73, núm. 3º, y 1351) (81). En cambio, no gana el marido la dote constituida en contemplación a la mujer, que es la más frecuente, ni aún en el caso de adulterio, que tomaba en cuenta el derecho anterior al Código.

— La mujer pierde el derecho a la restitución de su dote cuando procede de donación que le hizo el marido antes del matrimonio y éste se declara nulo, mediando, por parte de ella, mala fe (arts. 1.333, núm. 3º, 1.373 y 1.378).

— Por convenio, cuando en las capitulaciones o en acto anterior al matrimonio se acuerda que al disolverse el mismo queden, bajo determinado supuesto, los bienes dotales como propiedad del marido, o cuando en el momento de la restitución la mujer o sus herederos ceden al marido la dote. Para SÁNCHEZ ROMÁN, dada la libertad con que las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse, a tenor del originario artículo 1.315, el pacto de no

que corresponde al vigente artículo 1.317. Y el número primero del citado artículo 1.365 habría que interpretarlo ahora conforme al artículo 85 y entender, por tanto, que la dote ha de restituirse no sólo en el caso de muerte de cualquiera de los cónyuges, sino también por declaración de fallecimiento y sentencia firme de divorcio.

(79) Vid. M. J. COLLANTES DE TERÁN, «El delito de adulterio en el derecho general de Castilla», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXVI (1996), págs. 201-228, esp. págs. 223-228.

(80) F. CÁRDENAS, *De los vicios y defectos...*, cit., págs. 355-356.

(81) Tras la reforma de 1981, aquellos artículos han quedado derogados y las consecuencias patrimoniales de la separación se articulan sin tener en cuenta la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, por lo que habría que replantearse esta cuestión.

restitución de la dote será válido, siempre que con él no se desconozcan derechos de otras personas, como serían los de la prole, por razón de su legítima (82). LACRUZ también acepta dicho pacto, pero advirtiendo que altera la esencia de la dote, convirtiéndola en una aportación de caracteres especiales (83).

— Por confusión, cuando el marido es heredero de la mujer, por testamento o abintestato, en concepto de pariente o de cónyuge (art. 952).

VII.2. FORMAS DE RESTITUCIÓN

En relación a este punto, se ha insistido siempre en la preferencia del pacto que los consortes incluyan en las capitulaciones matrimoniales. A falta de pacto, la regla general fue la devolución de los mismos bienes de la dote inestimada (siendo no fungible), otro tanto de la misma especie (en los fungibles no tasados), el valor con que hubiesen sido apreciados, en la estimada, o el precio en que hubiesen sido enajenados los inmuebles de la dote inestimada.

Siguiendo estas líneas fundamentales, la regulación que establece el Proyecto de 1836 (arts. 1.550-1.578) es la siguiente (84):

— Bienes muebles formalmente apreciados por peritos. Al término del matrimonio o a más tardar dentro del año siguiente, el marido tendrá que restituir la misma cantidad, si se trata de dinero, o su valor al tiempo de la entrega si se trata de bienes que se consumen con el uso. La pérdida o deterioro de dichos bienes será de cuenta y riesgo del marido, incluso cuando provenga de caso fortuito, puesto que es su propietario.

— Bienes muebles no apreciados por perito. Estos bienes deben ser empleados en utilidad de la sociedad conyugal y si son vendidos o empleados con este fin con el consentimiento de la mujer, no tienen que serle restituidos tras la disolución del matrimonio. Si el marido los utiliza en beneficio propio, debe restituir a la mujer el valor de lo utilizado con este fin al término del matrimonio o dentro del año siguiente. El marido sólo será responsable de la pérdida o deterioro de estos bienes si no ha puesto en su administración el mismo cuidado que en sus bienes privativos. Como novedad se especifica que «el deterioro de los muebles que sirven de adorno o comodidad en las cosas es de cuenta de los dos consortes, a no probarse que aquél procedió de culpa

(82) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil...*, cit., t. V, vol. 1, pág. 760.

(83) J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., pág. 380, n.º 3.

(84) Vid. M. J. COLLANTES DE TERÁN, *La economía del matrimonio en el Proyecto de Código Civil de 1836*, cit., págs. 177-179.

o abandono del marido, en cuyo caso éste sólo será responsable del menos-cabo» (art. 1.558).

— Bienes inmuebles. Los bienes de esta naturaleza que puso la mujer en manos del marido, o los adquiridos en su lugar, deberán ser restituidos a aquélla en todo caso inmediatamente tras la disolución del matrimonio.

El Proyecto de 1851, por su parte, obliga al marido a devolver los inmuebles dotales en el estado en que se hallaren, si subsisten al tiempo de la entrega, y su precio si hubieran sido enajenados. En cuanto a los bienes muebles sigue distinta regla: si fueran estimados y subsistieran, podrá optar la mujer entre recibirlos en el estado en que se hallen o tomar su precio; si no fueron estimados, los devolverá el marido en el estado en que se encuentren, y si no existieran entregará el precio en que fueron enajenados o el que se probara que tuvieron. Y como el marido suele perjudicarse entregando en dinero el precio de los muebles dotales que, usándose, se consumieron, se le permite restituir su precio en otros bienes de la misma especie (arts. 1.276, 1.296, 1.298 y 1.299). Los créditos o derechos aportados en dote serán restituidos en el estado que tengan, a no ser que por negligencia del marido se hubieren dejado de cobrar o resultaran incobrables, en cuyo caso tendrá la mujer o sus herederos la facultad de exigir su importe (art. 1.302).

Respecto al último punto señala ESCRICHE —teniendo delante las *Partidas* (4,11,15) que cuando la dote comprende créditos o derechos a favor de la mujer, que el marido no pudo hacer efectivos a pesar de haber practicado las diligencias convenientes, no habrá más obligación que la de restituir los títulos o documentos que los contengan. Pero si el cobro dejó de efectuarse por negligencia o culpa del marido, y entre tanto el deudor cayó en insolvencia, debe cubrirse con los bienes del marido el importe del crédito que hubiese llegado a ser incobrable, a menos que el deudor fuese padre o ascendiente de la mujer, porque no puede apremiarse judicialmente al padre o al suegro (85). TAPIA había insistido también en esta cuestión —fijándose en la misma ley de *Partidas*— y señalaba que siendo el deudor un extraño, deberá hacerse una triple distinción: si la deuda fuera necesaria, por proceder de venta o empréstito de alguna finca o alhaja de la mujer, o de contrato oneroso celebrado a favor de ella, el marido estará obligado a satisfacer íntegramente la deuda si por su culpa o negligencia se quedó sin cobrar; si la deuda fuera voluntaria y consistiera en cosa cierta y determinada, incluyéndola como tal la mujer en su dote y fuere el marido negligente en cobrarla, dando lugar a que se imposibilite su cobro, estará obligado a satisfacerla de sus propios bienes a la mujer; pero si la deuda voluntaria consistiera en cosa incierta, por ejemplo, cuando uno ofrece dar

(85) J. ESCRICHE, S.V. «dote», en *Diccionario razonado...*, cit., t. 2.º, pág. 732.

a la mujer alguna cosa o cantidad diciendo al marido que le entregará lo que ofreció a su mujer, sin designarlo, nada tiene que satisfacer (86).

Los gastos hechos en el cobro de los créditos **dota**les deben ser de cuenta de la mujer, y no del marido, como se especificaba en el Proyecto de 1851, y en ello insisten los autores alegando diversas razones. ESCRICHE hace referencia a la utilidad que con ello obtiene la mujer y a la disminución que experimenta el importe de los créditos que el marido recibe como dote (87). TAPIA, por su parte, trae a colación diversos motivos: 1.º, porque la dote debe ser líquida y efectiva, y por ello cuando se hacen gastos para cobrar deudas es evidente que debe disminuirse aquéllas en lo que éstos importen, pues sería injusto que el marido restituyera una cantidad que no entró en su poder; 2.º, porque las expensas necesarias hechas en la finca **dotal** son de cuenta de la mujer según la ley y el marido puede repetirlas; 3.º, pues sólo cuando hay culpa o negligencia de parte del marido se le imputa la falta de cobro, y en sentido contrario, cuando hace gastos en pleitos o diligencias dirigidos al cobro no hay negligencia, y por ello no le deben ser imputados; 4.º, porque si el marido y la mujer, teniendo deudas contra sí, cuando se casan deben pagarlas de su caudal privativo, no hay ninguna razón para que la mujer no pague los gastos que en su utilidad hace el marido, y más cuando si ella los hubiera hecho antes de casarse, habrían disminuido su patrimonio (88).

El sistema que recoge el Código Civil de 1889 no es sino el ya previsto en sus proyectos. Distinguiendo entre dote estimada e inestimada, respecto de la primera hay que restituir el precio en que hubiese sido estimada al recibirla del marido; en cuanto a la segunda, hay que estar, en primer lugar, a lo que se haya convenido por los interesados en las capitulaciones o en pacto hecho con posterioridad, y en su defecto, establece la ley reglas diversas atendiendo a la naturaleza de los bienes. Los inmuebles se devolverán en el estado en que se hallen al tiempo de restituirlos; y si hubiesen sido enajenados, se entregará el precio de la venta, menos lo invertido en cumplir obligaciones exclusivas de la mujer. Los bienes muebles no fungibles se han de restituir en el estado en que se hallen, y si no existiesen, aquéllos que los hubieran sustituido, y en su defecto se pagará la dote en dinero; no obstante, el precio de los bienes muebles que no existan se podrá pagar con otros bienes muebles de la misma clase si los hubiere en el matrimonio. Finalmente, en cuanto a los bienes fungibles no tasados, se devolverán otros tantos de la misma especie y calidad (arts. 1.366. 1.367 y 1.372).

El Proyecto de 1851 (art. 1.304) deduce de la dote que ha de devolverse a la mujer determinadas partidas cuando hayan sido satisfechas por el mari-

(86) E. TAPIA, *Febrero Novísimo...*, cit., t. I, pág. 52, n° 8.

(87) J. ESCRICHE, S.V. «dote», en *Diccionario razonado...*, cit., t. 2.º, pág. 732.

(88) E. TAPIA, *Febrero Novísimo...* cit., T. I, págs. 52-53, n° 9.

do: el importe de las costas y gastos empleados para su cobro y defensa, las deudas y obligaciones inherentes o afectas a la dote que no sean de cargo de la sociedad conyugal, así como las cantidades que sean de responsabilidad peculiar de la mujer. Este precepto será copiado por el Código Civil de 1889 (art. 1.377), y establece como deducciones de la dote estimada, o mejor dicho, del precio de la estimación, la dote constiuida a las hijas en cuanto sea imputable a los bienes propios de la mujer, las deudas contraídas por ella antes del matrimonio que hubiese satisfecho el marido, así como aquellas otras cantidades pagadas por el marido imputables a los bienes de la mujer.

Las *Partidas* (4,11,32) permitían al marido deducirse también, a la hora de restituir la dote —y así lo resalta ESCRICHE (89)—, el importe de las cantidades invertidas en mejoras necesarias o útiles, pero no en «voluptuariae» que no aumentasen el valor o renta de las fincas. Tanto el Proyecto de 1851 (art. 1.297) como el Código de 1889 (art. 1.368) siguen este derecho al equiparar al marido al poseedor de buena fe en relación a las impensas o mejoras que hubiera realizado en las cosas dotales. Por ello, siguiendo el derecho romano y patrio, le permite repetir las que se hayan convertido en utilidad y, por supuesto, las impensas necesarias, ya que estas últimas se abonan incluso al poseedor de mala fe. En relación a los gastos útiles, la mujer o sus herederos pueden elegir entre satisfacer su importe o el aumento de valor que por ellos hayan adquirido las cosas (art. 453). Las mejoras de lujo no son abonables, pero el marido podrá llevarse los adornos con que hubiera embellecido los bienes dotales si no sufrieran deterioro, y si la mujer o sus herederos no prefieren abonar el importe de lo gastado (art. 454).

VII. 3. TIEMPO DE RESTITUCIÓN

En cuanto al momento en que la dote debe ser restituida, las *Partidas* (4,11,31), copiando el derecho romano, habían establecido distinta regla para los bienes muebles y los inmuebles, debiendo éstos ser restituidos inmediatamente, y aquéllos en el plazo de un año. Fijándose en esta ley señalaba ESCRICHE que cuando el marido no pudiera entregar toda la dote dentro de los plazos designados en ella, el juez debía hacer que pagara lo que pudiera, de forma que le quedara alguna cosa para vivir, tomándole caución de que la satisfaría en cuanto pudiera (90). En el mismo sentido declaraba TAPIA que si el marido era pobre, su mujer o los herederos de ésta debían dejarle con qué alimentarse, no reconviniéndole o demandándole en más de los que pudiera

(89) J. ESCRICHE, S.V. «dote», en *Diccionario razonado...*, cit., t. 2.º, pág. 732.

(90) J. ESCRICHE, S.V. «dote», *Op. cit.*, t. 2.º, pág. 733.

restituir, pues él cumple con prestar caución de pagarla si viniere a mejor fortuna (91).

GARCÍA GOYENA se muestra contrario a la regulación que hacen las *Partidas* de este tema, pues no encuentra una razón que justifique la diferencia de trato y el hecho de que haya que esperar un año para la devolución de los muebles cuando éstos existen tras la disolución del matrimonio. Muestra, además, su asombro frente a la postura de aquellos autores que declaran su conformidad con el plazo de un año para la restitución de la dote estimada incluso cuando el marido sea rico y tenga dinero para entregarla en el acto. Y concluye su reflexión señalando que «los miramientos de loable delicadeza hacia el marido o sus herederos sólo debieran tener lugar cuando no exista dinero: no deben ser acosados, añadiéndose aflicción al afligido. Pero en el caso contrario, el retardo de un año en el cobro sería un nuevo motivo de aflicción para la viuda y los suyos» (92).

La postura de GARCÍA GOYENA se plasma en el Proyecto de 1851, que introduce, por tanto, una novedad en este punto respecto al derecho anterior, al establecer que la restitución de los bienes *dota*les existentes y la que deba hacerse en dinero, si lo hay, se hará inmediatamente; si debe hacerse en dinero y no lo hay, la devolución deberá tener lugar en el término de un año, con abono de los intereses legales (art. 1.307).

BENITO GUTIÉRREZ muestra su conformidad con la novedad del Proyecto en cuanto a la supresión del plazo de un año para la restitución de la dote estimada si el marido se encuentra en circunstancias de hacerlo inmediatamente, aunque no lo está tanto con que al fin del año haya de entregarse el capital y sus intereses. «Nos hacemos cargo de la razón que tiene para ello: los intereses son frutos civiles; no hay motivos para no computarlos habiendo cesado las cargas del matrimonio. Pero ¿entonces qué favor adquiere el marido con la prórroga del año? El plazo es un beneficio dispensado en la posibilidad de que falte dinero y tenga que procurárselo; si se le exigen réditos es como si se le hiciera un préstamo» (93).

El Código del 89 también copia el Proyecto al establecer el tiempo de restitución de la dote. Comienza su regulación insistiendo en que primero habrá que atender a lo establecido en capitulaciones matrimoniales, o al constituirse la dote, o a lo convenido por los interesados después de la disolución del matrimonio. En defecto de pacto, y en relación a la dote inestimada, dispone como regla general que tanto respecto a los bienes muebles como a

(91) E. TAPIA, *Febrero Novísimo...*, cit., t. I, pág. 54, n.º 12.

(92) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., comentario al artículo 1.307, pág. 319. 93.

(93) B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., t. 1.º, pág. 417.

los inmuebles, una vez disuelto o declarado nulo el matrimonio, podrá compelerse al marido o a sus herederos para la inmediata restitución. Si consiste en dinero, bienes fungibles o valores públicos, y existen en todo o en parte al disolverse la sociedad conyugal, puede exigirse al marido su inmediata devolución; si no existen, no puede exigirse dicha restitución hasta que transcurra un año, contado desde la disolución del matrimonio, o desde que exista el hecho que motiva aquélla. Pero el marido o sus herederos tienen que pagar a la mujer, o a los suyos, el interés legal del dinero o el del importe de los bienes fungibles, o lo que los valores hayan producido desde la disolución, salvo que la mujer puede optar entre percibir estos frutos, o recibir alimentos (art. 1.369, 1.370 y 1.371).

A la restitución de la dote estimada no se refiere el Código expresamente, pero puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.369 (94) para la inestimada, pues su regulación afecta, como su antecedente del Proyecto del 51, a todos los casos de existencia de bienes dotales o los bienes con que hacer efectivo el crédito dotal. La aplicabilidad del artículo 1.370 (95) se limita así a aquellos supuestos en los que, habiendo una dote de cantidad —originaria o sobrevenida— no hay en el patrimonio del marido dinero o bienes fungibles con que pagar los que se constituyeron en dote. Ambos preceptos son aplicables, pues, a la dote de cantidad, según se deduce de los términos generales del artículo 1.370 (que, contra lo que ocurría en su antecedente, el 1.400 del Proyecto de 1882, no se refiere expresamente a la dote inestimada); de ser en la dote estimada más necesario el plazo; y de los datos del derecho comparado, del cual surge la regulación española —a través, en parte, del Proyecto del 51—, y en el cual la concesión del plazo se refiere a toda dote de cantidad. Incluso el nuevo Código italiano, que concede el plazo de un año para restituir los bienes fungibles de la dote de especie, suprime la norma que aplica dicho plazo a la dote de cantidad, por sobreentenderse en ella (96).

Por tanto, como indica LACRUZ, la distinción, a efectos del plazo para restituir, debe establecerse sin consideración al carácter estimado o inestimado de la dote, entre la obligación de abonar cantidades o bienes fungibles no existentes en el patrimonio del marido (y aun salvo el caso de dolo o culpa de éste) y los restantes supuestos de restitución. Ni es exigible que existan los bienes dotales, pues también cuando en el patrimonio del marido haya bienes idénticos, aun no siendo propiamente dotales, tendrán derecho la mujer o sus

(94) «Una vez disuelto o declarado nulo el matrimonio, podrá compelerse al marido o a sus herederos para la inmediata restitución de los bienes muebles o inmuebles de la dote inestimada».

(95) «No podrá exigirse al marido o a sus herederos, hasta que haya transcurrido un año, contado desde la disolución del matrimonio, el dinero, los bienes fungibles y los valores públicos que en todo o en parte no existan al disolverse la sociedad conyugal».

(96) Vid. J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, cit., págs. 381-382.

herederos a exigir el pago sin sujeción a término alguno (97). Tanto el Proyecto de 1851 como el Código de 1889 equiparan al marido al poseedor de buena fe en relación a las impensas o mejoras que hubiera realizado en las cosas dotales. Por ello, siguiendo el derecho romano y patrio, puede repetir las que se hayan convertido en útiles y, por supuesto, las impensas necesarias, ya que estas últimas se abonan incluso al poseedor de mala fe.

VIII. CONSIDERACION FINAL DE LA DOCTRINA

Con la desaparición de los artículos que regulaban la dote después de la reforma llevada a cabo por la Ley 13 de mayo de 1981, la única forma de atribución o aportación que se conserva en favor de los cónyuges son las donaciones por razón de matrimonio. Lo cierto es que en la propia época del Código Civil había desaparecido ya la práctica de la dote (98), y aunque la reforma española de 1981 no prohíbe de modo expreso la constitución del régimen dotal, parece muy difícil que simplemente en virtud de pacto, sin apoyo en una reglamentación legal, pueda conseguirse el mismo efecto de práctica inembargabilidad e inalienabilidad del derecho dotal aislado de cada cónyuge. La reflexión que hace DE LOS MOZOS sobre esta cuestión parece especialmente oportuna para finalizar este estudio sobre la dote: «...la igualdad jurídica, como todo el mundo reconoce, hace imposible la subsistencia de la dote, tal y como venía regulada en el Derecho anterior, y de alguna manera a ello se opone, claramente, el artículo 1.328 (99), implícitamente, pero de forma bastante expresiva. Lo único que cabría, es que llamáramos *dote* a una donación nupcial atribuida por un tercero a uno de los cónyuges, o por uno de los esposos al otro, estableciendo que la administración y el usufructo

(97) *Ibid.*

(98) Y ello a pesar de las ventajas que ofrece la dote a los ojos de autores como SÁNCHEZ ROMÁN, que se muestra como un acérrimo defensor de la misma: «favorece y facilita el matrimonio de hombres jóvenes con capacidad para trabajar en una profesión, arte, industria u oficio y con escaso o nulo capital, los cuales pueden de esta suerte, ayudados por los productos de la dote que la mujer aporta, fundar nueva familia, cuyas necesidades no podrían tal vez satisfacer por sí solos [...] la dote sirve para establecer los matrimonios sobre cierta base de igualdad o al menos de cooperación en cuanto al sostenimiento de las cargas derivadas del nuevo orden familiar y a cuyo sostenimiento es justo contribuyan el caudal y esfuerzo comunes de ambos cónyuges [...] constituye a favor de la mujer un patrimonio independiente, en el cual encuentre medios de librar su existencia, no sólo ella misma para el caso de viudez, sino que también la familia toda, cuando los reveses de la fortuna puedan destruir el capital del marido y otras causas imposibilitarle para el trabajo, y, por tanto, para sufragar los gastos de la misma (*Estudios de Derecho civil...*, cit., t. V, vol. I, págs. 679-680).

(99) «Será nula cualquier estipulación contraria a la Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge».

corresponderán al otro cónyuge, o al esposo que haya efectuado la donación, con lo que, a la disolución por muerte del cónyuge administrador y usufructuario, el donatario consolida la plenitud de facultades que entraña el dominio pleno; y con la posibilidad de revocación, en el caso de que la sociedad conyugal, o el matrimonio, se disuelva o anulen, en los términos que establece, para unos y otros supuestos, el artículo 1.343, párrafos 3 y 4» (100).

También enfoca la cuestión bajo la perspectiva del artículo 1328 ALVAREZ-SALA, llegando a una conclusión similar: «...habría que diferenciar, en este sentido, según entendamos la dote como una liberalidad individualizada o como un régimen de organización jurídica de un patrimonio o masa patrimonial. La constitución capitular de un régimen dotal sobre la totalidad o parte considerable del patrimonio de la mujer sí quedaría afectada, creemos, por la sanción de nulidad del artículo 1.328, al tratarse entonces de una cláusula capitular estatutaria [...]. Sería nula, pues, la aportación capitular al matrimonio por la mujer de todos sus bienes presentes en concepto de dote, o la previsión capitular que atribuyese naturaleza dotal a cualesquiera liberalidades que, a título de donación o de herencia, pueda adquirir la mujer en el futuro. Lo que queda, sin embargo, al margen de la prohibición del artículo 1.328 (por no tratarse ya de una estipulación integrante del contenido nuclear de los capítulos, sino de una concreta liberalidad contenida en las capitulaciones), es la posibilidad de que los propios desposados en las capitulaciones prenupciales o los terceros, dentro o fuera de capitulaciones y antes o después de celebrado el matrimonio, confieran a una liberalidad individualizada carácter dotal» (101).

M.^a JOSÉ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA
Profesora asociada de Historia del Derecho
Universidad de Cádiz

(100) J. L. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XVIII, vol. 1.º, 2.ª edic, 1982, artículo 1.336, pág. 267.

(101) J. ALVAREZ-SALA WALTHER, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *Revista de Derecho Notarial*, año XXVIII, núm. CXII (abril-junio, 1981), págs. 7-56, esp pág. 1.