

El artículo 1.361 del Código civil y la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975*

La regulación de los actos dispositivos sobre bienes dotales inestados en el artículo 1.361 del Código civil y sus posibles relaciones con el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, plantean algunas cuestiones que tras la reciente reforma de 2 de mayo de 1975 («B. O. E.» 5-5-75, Ley número 14/75) sobre situación jurídica de la mujer casada, se hace necesario reconsiderar, pues la infrecuencia del juego de la institución dotal no creemos deba ser motivo suficiente de excusa.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

Vamos a iniciar los comentarios haciendo un pequeño recorrido histórico a la disponibilidad dotal, con la intención de resaltar el carácter innovador que en 1889 tuvo el artículo 1.361 del Código civil y los precedentes considerados, probablemente, por el legislador del 75.

Conocidas son las frases o períodos que la doctrina (1) suele reconocer en la evolución de la institución dentro del Derecho romano:

En una primera, dueño y señor el marido de los bienes que constituían la dote como si de cosa propia se tratara, su poder de disposición era omnímodo, reconociéndose solamente a la mujer por vía de costumbre para protegerla frente a posibles situaciones de desamparo o repudiación

(*) Ponencia presentada al Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete el 27 de febrero de 1976.

(1) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 1.º, pág. 394; PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil*, t. V, pág. 294; MUCIUS SCAEVOLA: *Comentarios al Código civil*, t. XXI, pág. 596.

de su marido el derecho a reclamar la restitución del todo o parte de la dote, a través de una *Cautio Rei Uxoriae*, de carácter personalísimo, convencional y excepcional. que hacia el año 200 antes de Jesucristo se convertiría, por gracia del derecho del Pretor, en verdadera *Actio Rei Uxoriae*, aunque de contenido graduable y basada en la equidad.

No siendo suficiente garantía para la mujer el reconocimiento de su derecho a la restitución, pocos años antes de la Era de Jesucristo (año 18), se iniciaría por la *Lex Iulia de Adulteriis*, conocida en lo referente a este capítulo con el nombre de *Lex Iulia de Fundo Dotali*, un sistema de inalienabilidad parcial, en virtud del cual se privaba al marido de la facultad de enajenar el fundo itálico que tuviera en concepto de dote, a no contar con el consentimiento de la esposa y se le prohibía constituir gravamen o hipoteca sobre él aun contando con dicho consentimiento.

Finalmente Justiniano pondría término al proceso evolutivo de la dote al darle, en lo que aquí nos interesa, carácter absoluto a la prohibición de disponer. En efecto, según el proemio del título VIII, libro II de las *Instituciones de Justiniano* (2), los términos de la *Lex Iulia* fueron corregidos mejorándolos—en palabras del citado proemio— (pues, teniendo solamente lugar en aquellas cosas que gozaban del derecho itálico y prohibiendo enajenarlas sin consentimiento de la mujer e hipotecarlas aunque ella consintiera, se ha puesto remedio a todo ello), estableciéndose ahora—por las *Instituciones*—que la enajenación y la hipoteca estén prohibidas igualmente respecto de las cosas situadas en las provincias, y que ni una ni otra cosa tengan lugar, aunque presten su consentimiento las esposas, a fin de evitar que la fragilidad propia del sexo femenino sea causa de quebrantos económicos para ellas.

Naturalmente, todos estos párrafos van referidos a la dote inestimada, pues el Derecho romano desde el momento en que quedó plenamente configurada como institución jurídica especial la dote distinguió perfectamente, entre dote estimada, en la que eran del marido el dominio y los riesgos, y el fundo inestimado o dotal, cuya propiedad y riesgos o mejoras pertenecían a la mujer. Pueden verse en este sentido, entre otros pasajes, el párrafo 15 de la Ley 1.^a, título XIII, libro V del Código de Justiniano y la Ley 10, título III, libro XXIII del Digesto romano (3).

(2) *Instituciones de Justiniano*, versión española de HERNÁNDEZ-TEJERO, ed. 1961, página 87; MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, pág. 597.

(3) Citas tomadas de MUCIUS SCAEVOLA, obra y tomo citados, págs. 588 y 597. Y así, según la primera: «Aunque la Ley Anastasiana habla de las mujeres que prestan su consentimiento o que renuncien a su derecho debe ser, sin embargo, entendida respecto a los bienes del marido o ciertamente a los estimados de la dote, en los que son del marido el dominio y el riesgo. Pero respecto al fundo inestimado, que propiamente es llamado también dotal, permanezca intacto el derecho

No obstante la rigurosidad del principio de inalienabilidad del fundo dotal inestimado impuesto por Justiniano en sus Instituciones y Código, conoció el propio Derecho romano alguna excepción aislada a propósito de enajenaciones no voluntarias por responsabilidades del marido, y así la Ley 1.^a, título V, libro XXIII del Digesto dice que «a veces deja de ser aplicable la Ley Julia sobre los fundos dotales, por ejemplo, si, porque el marido no daba caución por daño inminente, hubiera sido puesto el vecino en posesión del predio dotal y después se le hubiera mandado poseerlo; en este caso el vecino se hace dueño, porque esta enajenación no es voluntaria» (4).

La recepción en nuestra Patria del Derecho de Justiniano tuvo lugar a través de la Legislación de Partidas, pues hasta entonces nuestros Cueros Legales, a decir de PUIG PEÑA (5), sólo recogían la llamada dote germánica, que no revestía los caracteres técnicos y propios de la dote romana. Así, con absoluta fidelidad a los precedentes citados, las Partidas mantuvieron la distinción entre dote estimada e inestimada (6), e impusieron la prohibición absoluta de disponer de los bienes dotales inestimados sin reconocer ninguna excepción. Y en este sentido la Ley 7.^a, del título XI, de la 4.^a partida, vino a establecer que «No puede el marido vender nin enajenar, nin malmeter, mientras que durare el matrimonio... la dote que recibió de la mujer; fueras ende si la diese apreciada» (7).

Frente a este sistema de inalienabilidad absoluta comenzó a surgir una práctica en contrario, reconocida en la doctrina (8), por virtud de la cual eran válidas las enajenaciones con tal que interviniese la mujer en el contrato, prestase su permiso jurado y renunciase al derecho a impugnar la enajenación por el marido.

Nuestro Proyecto de Código civil de 1851, en base a estos precedentes y el del artículo 1.554 del Código civil francés, de honda influencia en aquél, mantendrá el criterio prohibitivo que ha caracterizado du-

—es decir, sin enajenar ni gravar—ciertamente imperfecto según la Ley Julia—por cuanto permitía la enajenación con el consentimiento de la mujer—, pero pleno por virtud de nuestra autoridad y extendido a todas las tierras, y no únicamente limitado a las de Italia y a la sola hipoteca»; y según la segunda cita: «Muchas veces importa al marido el que no se aprecien las cosas, para que de este modo no se haga responsable a la pérdida de ellas... Porque siempre que se dan las cosas en dote sin apreciar, las mejoras o menoscabos pertenecen a la mujer.»

(4) Autor y obra últimamente citados, pág. 588.

(5) Obra y volumen citados, pág. 296.

(6) Edición B. O. E., 1975, Partida 4.^a, título XI, leyes 7, 16 y 20, entre otras.

(7) Id., cita 6, ley 7, la cual añade que «esto debe ser guardado por esta razón: porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque a cada uno de ellos libre e quito lo suyo para hacer de ello lo que quisiere o a sus herederos si se departiere el matrimonio por muerte».

(8) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 328; CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 395.

rante siglos a la institución dotal inestimada, y así, su artículo 1.280, con carácter general, dispondrá que «ni el marido ni la mujer, ni los dos juntos, pueden enajenar ni hipotecar los bienes dotales inmuebles, salvo las excepciones contenidas en los artículos siguientes». Prohibición que hay que entender referida a la dote inestimada, pues como comenta GARCÍA GOYENA en sus Concordancias (9) debe sobrentenderse la excepción del Derecho romano que por su notoria equidad y sencillez no se ha creído necesario expresar, según la cual, cuando el inmueble fue dado por estimación que causó venta, en tal caso el marido adquiere desde luego el dominio irrevocable del inmueble y sólo es deudor del precio o estimación, pudiendo libremente enajenarlo.

Sin embargo, como indican las últimas palabras del artículo 1.280, la regla prohibitiva de la disponibilidad dotal inestimada va a conocer diversas excepciones de carácter legal, con lo cual se inicia ya dentro del ordenamiento positivo una nueva era en orden a la disponibilidad de estos bienes.

Y así, según los artículos 1.281 y 1.282 del Proyecto, el marido podrá enajenar por sí solo los bienes dotales inmuebles, siempre que haya asegurado la restitución de su valor con hipoteca especial. Y el Juez podrá autorizar la enajenación a instancia de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, con la audiencia del otro, por causa de necesidad probada; a instancia de ambos cónyuges para cualquier permuta que les convenga o por otra causa de considerable utilidad; y a instancia de la mujer con el consentimiento del marido o a falta de su consentimiento con su audiencia para colocar a sus descendientes o cumplir algún oficio de piedad respecto del mismo marido, ascendientes o descendientes y siempre que los bienes restantes del matrimonio basten para cubrir sus cargas. Limitándose en estos casos la autorización a los bienes necesarios para cubrir las respectivas atenciones.

Dos aspectos, pues, en orden a la disponibilidad dotal inestimada se nos descubren en esta época: Uno, relativo a las numerosas excepciones reconocidas a la norma general prohibitiva, y otro, referente al reconocimiento en favor de la mujer casada de la iniciativa para solicitar la enajenación en los dos supuestos indicados, aunque precisando siempre la autorización judicial y el consentimiento o audiencia del marido.

No se alude, pues, en ninguna de las hipótesis citadas al término licencia; y aunque pudiera que en esta época los términos licencia-consentimiento no estuviesen técnicamente perfilados, por ser elaboración de ju-

(9) Volumen segundo, pág. 294, impresión anastática de 1973, ejemplar número 959.

risprudencia y doctrina más recientes, es de observar que los artículos 62, 63, 64 y 65 del Proyecto de 1851, referidos a actos o negocios jurídicos de la esfera propia de la mujer (comparecer en juicio, adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar y obligar sus bienes propios), utilizaban el término licencia, frente al artículo 1.282 que, referido a bienes en los que los derechos y facultades sobre ellos recayentes se hayan distribuido entre los cónyuges con carácter exclusivo (nuda propiedad a la mujer, usufructo y administración el marido, arts. 1.290 y 1.276), emplea el término consentimiento.

Poco tiempo después de fracasado el proyecto del Código civil de 1851, y dando un importante paso en orden a la alienabilidad de los bienes dotales inestimados inmuebles, la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, convirtiendo en regla general lo que en el proyecto de 1851 era excepción, reconocerá la utilidad de aquella facultad dispositiva pero sobre la base de que ambos cónyuges presten su consentimiento.

Y así de la exposición de motivos de la citada Ley, podemos entresacar los siguientes párrafos que retratan con fidelidad el estado hasta ese momento de la cuestión y el criterio a adoptar para el futuro: «aunque nuestro derecho escrito, como queda dicho, establece el principio de que el marido es el dueño de la dote, no le permite enajenar la inestimada por estar obligado a restituir lo mismo que recibió; por esto, bajo cierto aspecto, puede decirse que esta dote corresponde a los bienes de la mujer. Resulta de aquí que en rigor de derecho, la dote inestimada es inalienable y que los bienes que la constituyen no están en el comercio. En esto adoptaron las Partidas la innovación que el Emperador Justiniano introdujo para libertar a las mujeres casadas de los peligros que su propia debilidad podía ocasionarles, reformando el derecho antiguo, en virtud del cual el marido, con consentimiento de la mujer, estaba autorizado para enajenar la dote, pero no para hipotecarla; diferencia que se fundaba en la menor resistencia que es de presumir que tendría la mujer para hipotecar que para vender... La legislación que actualmente rige en la mayor parte de la Monarquía es insostenible, porque deja fuera de circulación la gran masa de bienes que corresponden a la clase de dotales y hace más triste la condición de la propiedad dotal, puesto que no viene en auxilio de las necesidades del propietario que en medio de riquezas considerables puede encontrarse reducido a la indigencia. Para obviar estas dificultades, algunos escritores dicen que cuando las enajenaciones no llegan a la mitad de los bienes y la mujer las hace en unión con su marido, o cuando hechas por éste, tiene ella intervención y promete con juramento no reclamar contra las mismas, suelen sostenerse, si bien a la mujer le queda el derecho de ser indemnizada en los bienes del marido. En la práctica actual vemos que

desentendiéndose de la prohibición legal la mujer enajena la dote inestimada... Semejante estado de contradicción entre la ley y la conveniencia pública, y entre lo prescrito y lo que se observa, crea una incertidumbre que el legislador debe apresurarse a resolver dando a la ley la flexibilidad necesaria para que pueda cumplirse sin inconvenientes. Atendiendo a esto, los redactores del proyecto del Código civil propusieron la reforma del derecho antiguo en el sentido de que el dominio de los bienes dotales fuera de la mujer, pero sin declarar que eran siempre enajenables, antes al contrario, fijando los casos y la forma en que el marido y la mujer habían de poder enajenarlos y obligarlos. Siguiendo este mismo espíritu, la Comisión propone que los bienes dotales hipotecados o inscritos con la calidad expresada no se puedan enajenar, gravar ni hipotecar, sino en nombre y con el consentimiento expreso de ambos cónyuges; pero añade que en este caso quede a salvo a la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes en sustitución de los enajenados, o si no los tiene, los primeros que adquiriera...».

Haciendo aplicación práctica de estos principios la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1888, confirmando la nota del Registrador, denegará la inscripción de una adjudicación a un tercero de bienes dotales inestimados en pago de cierto crédito operada por la mujer con la sola licencia marital, por entender que la escritura contemplada no llenaba las exigencias del artículo 188 de la Ley Hipotecaria, ya que la autorización y licencia del marido que se exige por regla general a todo contrato celebrado por mujer casada no equivale al otorgamiento a nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, lo cual significa que de los deberes resultantes de la venta de bienes dotales inestimados han de ser responsables por igual ambos cónyuges.

Hasta este momento, a modo de resumen, los bienes dotales inestimados han pasado sucesivamente por las siguientes fases (prescindiendo de los albores de la institución en la que al ser el marido dueño absoluto no se plantea cuestión):

Una primera, representada por el Derecho Justiniano y recogida en nuestro suelo por las Leyes de Partidas, que está caracterizada por la indisponibilidad absoluta.

Una segunda, en la que comienza a quebrar el principio de inalienabilidad, siquiera sea por vía de excepción, y que está representada por el proyecto del Código civil de 1851.

Y una tercera, relativa a la propiedad inscrita, de libre disponibilidad constituida por la Ley Hipotecaria de 1861.

Y en estas dos fases en que se admitía la disponibilidad como excep-

ción o como regla el poder de disposición correspondía, respectivamente, al marido por sí solo o con el consentimiento de su mujer y autorización judicial; a la mujer con el consentimiento o audiencia del marido y autorización judicial; o a ambos cónyuges conjuntamente. Ninguna disposición legal, pues, ha referido el poder de disposición a la mujer con la simple licencia del marido.

II. CODIGO CIVIL HASTA LA REFORMA DE 2 DE MAYO DE 1975

a) *Planteamiento*.—Fue el artículo 1.361 del Código civil el que iniciando otra nueva etapa introdujo aparentemente esta regulación en la dote inestimada al 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 fuese menor, con licencia judicial e intervención de las personas señaladas en el artículo 1.352». Añadiendo en el apartado segundo la obligación de hipotecar para el caso de enajenaciones.

Podría pensarse entonces que el Código queriendo destacar al máximo la titularidad dominical de la mujer sobre su dote inestimada, redujo la intervención marital a la sola licencia por entender que con ello quedaba suficientemente salvaguardado el principio de unidad de dirección familiar atribuido secularmente al marido y la supuesta falta de capacidad de la mujer casada, que así quedaba suficientemente completada.

Pero enfrente, el artículo 1.357 del Código civil dice que «El marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituye la dote inestimada». Y el segundo párrafo del artículo 1.361, puntualiza que si se realiza la enajenación «...tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto a los bienes de la dote estimada».

De donde puede pensarse también que la mujer casada tiene dominio, pero no todo el dominio de los dotaes inestimados ya que el marido retiene el usufructo y administración. Por lo que su intervención no parece deba limitarse a completar una falta de capacidad de la mujer.

En realidad, si la intervención del marido en el caso del artículo 1.361 del Código civil reviste la forma de licencia o de consentimiento es el problema que vamos a pasar a considerar, y que no está claramente resuelto.

Es más, las posturas doctrinales que, aun a riesgo de equivocarnos, indicaremos, están más que explícitamente expuestas inducidas de las palabras de sus autores como reflejo de esa falta de examen profundo de la cuestión.

b) *Doctrina civil*.—Así en el campo del Derecho civil parecen referir el término del artículo 1.361 a una verdadera y propia licencia, entre otros:

DE CASTRO, que a propósito de la capacidad patrimonial de los cónyuges, contrapone el consentimiento del artículo 1.413 del Código civil a la licencia marital como actos de naturaleza distinta, refiriendo esta última a bienes y actos de la mujer, entre los que incluye con absoluta identidad los supuestos de los artículos 1.361 y 1.387 (10); y a propósito del levantamiento de restricciones a la capacidad de la mujer casada, coloca entre los supuestos que tienen lugar por licencia marital y como casos análogos los de dote inestimada y parafernales (11).

CASTÁN, que aun hablando en un principio con referencia al artículo 1.361 de licencia en unos casos y de consentimiento en otros (12), al igual que PUIG PEÑA (13), mantienen una cierta tendencia hacia esta orientación al poner en relación el artículo 1.361 con el artículo 61 del Código civil, que consideran de alcance general, aplicable a los actos realizados por mujer casada sobre sus bienes propios en los que quedan incluidos los dotales inestimados (14).

En cambio, niegan que el término empleado por el artículo 1.361 equivalga a una verdadera y propia licencia:

LACRUZ BERDEJO (15), quien considera que la redacción del artículo 1.361 es defectuosa frente a la del artículo 1.357, pues aquel precepto se refiere a la total enajenación de singulares bienes dotales, es decir, tanto de la titularidad que a la mujer corresponde como de los derechos que competen al marido y que por ello el marido no debe limitarse a dar licencia—la cual bastaría para la enajenación de los parafernales y, caso de que se admita, para la enajenación de la nuda propiedad de los dotales inestimados—, sino que es necesario que como requerían los artículos 188 y 191 de la antigua Ley Hipotecaria, concurren a la enajenación ambos cónyuges. Para aceptar la regulación del artículo 1.361 sería preciso, a su juicio, pensar que la licencia marital equivale a ella más el mandato para enajenar los derechos del marido, cosa completamente arbitraria.

PUIG BRUTAU (16) hace suya la tesis de LACRUZ, si bien puntualizando que en la práctica sucederá que el marido que haya concedido licencia

(10) *Compendio de Derecho Civil*, pág. 282, ed. 1968.

(11) *Ob. cit.*, pág. 284.

(12) *Ob. cit.*, págs. 439, 441 y 444.

(13) *Ob. cit.*, pág. 329.

(14) Obras y autor citados, págs. 445 y 330, respectivamente.

(15) *Derecho de Familia*, pág. 374, ed. 1963.

(16) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. 1, págs. 506 y 507, edición 1967.

a la mujer para vender un objeto de la dote inestimada sin ninguna reserva por su parte no podrá luego pretender que sólo pudo negociar la esposa su nuda propiedad. En realidad ésta habrá quedado legitimada para disponer del bien dotal.

La posible trascendencia de la intervención marital había sido advertida ya por MUCIUS SCAEVOLA en sus comentarios al Código civil (17), destacando que la palabra licencia de que se vale el artículo 1.361 referente a la intervención del marido «No supondrá cualquier acto pasivo de aquél en el otorgamiento de las respectivas escrituras o contratos y a título de requisito puramente formulario. Supone, como lo da a entender el valor gramatical de esa palabra, perfecto discernimiento del alcance de la enajenación, gravamen o transacción en proyecto y resolución suya; en consecuencia—termina diciendo—producto de un juicio en el que se hayan tenido presentes las ventajas o desventajas de tales actos jurídicos para la mujer y para los fines económicos del matrimonio». Intuía el ilustre comentarista la trascendencia de la licencia marital que requería el artículo 1.361, aun cuando no profundizase en su naturaleza, pero es que ya hemos advertido del olvido que la doctrina en general ha tenido de esta problemática.

c) *Jurisprudencia civil.*—Tampoco la Jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haber entrado deliberadamente en la pesquisa de la licencia del 1.361, aunque quepa observar una preferente reserva del término licencia para los actos de la mujer relativos a los bienes parafernales (así sentencias 30-12-1905, 27-10-1909, 27-1-1912, 19-11-1941, 5-11-1959, 22-3-1965, etc.), e incluso citar una sentencia, la de 6 de mayo de 1944, en la que aquel término aparece referido a los bienes parafernales con exclusión de los dotales, dice así en uno de sus Considerandos: la facultad del marido de vigilar y aprobar los contratos celebrados por su mujer respecto a la enajenación o gravamen de sus bienes *extradotales* se concreta en la licencia marital, cuya omisión no invalida en principio el acto por concurrir la capacidad natural, sino que simplemente permite su anulación a instancia del marido o sus herederos. Licencia que la sentencia identifica como «Hecho psicológico de un querer o voluntad interna acorde con el contrato que su mujer celebra», o lo que es igual del contrato celebrado por otra persona.

No encontramos en suma en el campo de la doctrina y jurisprudencia civil un criterio resuelto sobre si la naturaleza de la palabra empleada por el artículo 1.361 es la de una propia licencia o más bien la de un consentimiento.

(17) Tomo XXI, pág. 605, *ob. cit.*

d). *Doctrina hipotecaria*.—Introducido en la legislación hipotecaria el precepto del artículo 94 con el Reglamento de 1947 («serán inscribibles los actos y contratos otorgados sin licencia del marido por mujer casada; pero el Registrador hará constar en la inscripción la falta de licencia cuando ésta fuera necesaria»). Al que la reforma de 17 de marzo de 1959 añadiría como segundo párrafo: «En este último caso, a efectos del artículo 1.301 del Código civil y salvo que exista obstáculo registral, podrá hacerse constar, a solicitud de cualquier interesado, por nota marginal, que han transcurrido cuatro años desde la disolución del matrimonio mediante el documento que lo acredite»), parecía lógico que se plantearan e incluso apuntasen soluciones a esta interrogante, como premisa obligada para resolver sobre la procedencia del precepto reglamentario. Sin embargo ello no ha sido así debido, probablemente, a la confusión que el término licencia empleado por el artículo 1.361 va a seguir produciendo y que parece excusar toda indagación.

LA RICA, en sus Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, primera parte: innovaciones (18), no trata abiertamente la cuestión al examinar el artículo 94, pero los términos generales en que se expresa permiten entender comprendida la enajenación de dotales inestimados dentro de su ámbito. Y de modo explícito llega a esa conclusión cuando en los comentarios a la reforma de 1959 (19), y a propósito de la inscripción de los actos dispositivos de los cónyuges—artículo 96 R. H.—, dice «si la inscripción se practicó a nombre... de la mujer y atribuyó a los bienes adquiridos el carácter de dotales o parafernales... los actos dispositivos se otorgarán con sujeción a las normas civiles pertinentes. Si son dotales o parafernales, dispondrá la mujer con licencia del marido o de las personas que en su caso deban autorizarla. Aun sin aquella—afirma—podrá inscribirse el acto dispositivo con la limitación que establece el artículo 94 del R. H.».

De igual modo CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA, refieren la licencia marital y la aplicación del artículo 94 a los actos dispositivos sobre dotales inestimados al decir en sus Apuntes (20), que «queda circunscrito el artículo 94 a los actos dispositivos de mujer casada sobre bienes inscritos a su nombre como parafernales o dotales, para los cuales el Registro Hipotecario invoca las reglas comunes que los rigen, entre las cuales se destaca la necesidad de licencia marital (arts. 1.361 y 1.387 del C. c.)».

Por su lado, ROCA SASTRE tampoco resuelve, y realmente tan siquiera

(18) Publicación Colegio Nacional de Registradores, 1948, pág. 67. Dice así: «La mujer casada mayor de edad necesita licencia marital para enajenar o gravar sus bienes dotales inestimados y parafernales.»

(19) Id., cita anterior, año 1959, pág. 101, apartado C.

(20) *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, ed. 1968, tomo II, pág. 96.

trata, la cuestión en su Derecho Hipotecario (21) al hacer la exégesis del artículo 94, pues al hablar en general de actos para los cuales necesita la mujer casada licencia de su esposo, sin descender a detalles, lo que hace es remitir el problema al campo del Derecho civil en el cual, como hemos visto, no está definitivamente resuelto.

Del mismo modo, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, alega que como problema netamente civil no es procedente entrar en un tratado de Derecho Hipotecario acerca de cuándo requiere la mujer licencia de su marido y, en consecuencia, al tratar del artículo 94 lo refiere en general a los actos de la mujer casada que precisen de aquella sin más especificaciones. Si bien cabe observar en este extremo que las referencias aisladas que el autor citado va haciendo a preceptos del Código civil son siempre relativas a los bienes parafernales (22).

e) *Jurisprudencia hipotecaria*.—En el campo de la Jurisprudencia hipotecaria tampoco las Resoluciones de la D. G. resuelven el dilema, por cuanto que las que dieron lugar a la redacción del artículo 94 o bien hablaban en general de actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia, sin más, o bien se referían en concreto a los bienes parafernales, pero sin excluir tampoco expresamente a los dotes inestimados (en este sentido resoluciones de 22 de agosto de 1894, 25 de agosto de 1911, 19 de julio de 1922, 15 de diciembre de 1933); sin que posteriormente conociéramos otras resoluciones que hayan tratado el problema.

f) *Conclusiones*.—En este estado de cosas, nos encontramos con unos preceptos civiles, artículos 1.357, 1.360 y 1.361, como fundamentales, de los cuales resulta: que la mujer tiene el dominio—por emplear palabras del Código—de los bienes dotes inestimados, pero no el usufructo y administración que corresponden al marido; que la mujer dispone—según el mismo Código—de esos bienes con la licencia del marido, y que el marido está especialmente obligado, para el caso de enajenación mediante precio, a constituir hipoteca. Y nos encontramos asimismo con unos preceptos hipotecarios, el del artículo 108, 2.º, de la Ley que niega la disponibilidad por el marido de su derecho de usufructo y el del artículo 94 del Reglamento, que permite la inscripción de actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital.

Pues bien, a nuestro juicio, la aplicabilidad del artículo 94 al supuesto de hecho que nos ocupa no puede venir determinada tan sólo por el empleo con más o menos propiedad de un término gramatical, sino que se hace necesario desentrañar el alcance de esa licencia y el verdadero fun-

(21) *Derecho Hipotecario*, pág. 101, tomo IV, vol. 1.º, ed. 1968.

(22) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 1.ª ed., tomo II, págs. 548-549.

damento del precepto sustantivo para concluir *a posteriori* sobre la aplicabilidad o no del precepto hipotecario.

De los antedichos artículos se desprende que la mujer casada tiene sobre sus bienes dotales inestimados todas las facultades y derechos integrantes del pleno dominio, menos los atribuidos a su marido (administración y usufructo). Y si esas facultades están constituidas normalmente por la de usar, disfrutar, consumir, gravar, enajenar, transformar e incluso destruir dentro de ciertos límites la cosa de su propiedad, resulta evidente que al privar el artículo 1.357 de algunas de ellas—las que atribuye al marido—permanecerán en la mujer casada todas las demás, y entre ellas las que impliquen un efecto dispositivo.

De aquí posibles justificaciones: primera, que el Código civil, en vez de emplear con respecto a la titularidad de la mujer sobre sus dotales inestimados el término de nuda propiedad hable de dominio (art. 1.360) como el centro unitario de todas las facultades que pueden recaer sobre la cosa dotal inestimada pudiendo ser despojado de algunas de ellas en mayor o menor medida sin que por ello pierda el dominio su integridad potencial y virtualidad de recuperarlas, pese a reconocer al marido la titularidad usufructuaria (art. 1.357). Segunda, que refiera la enajenación, gravamen o hipoteca a la integridad de los bienes dotales y no sólo a la nuda propiedad (art. 1.361), atribuyendo así a la mujer el poder de disposición. Y tercera, que la transferencia de aquellas facultades desgajadas se haga por el Código, en los casos previstos, a la mujer y no al marido (artículo 68, regla 4.^a, 225 y 1.443).

Pero al lado la titularidad usufructuaria del marido, aunque no sea la propia del usufructo patrimonial (al igual que en el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a su potestad) por su especial carácter familiar, tiene su propio contenido y virtualidad con normas específicas que lo rigen en concreto contenidas dentro de la institución dotal (art. 1.357) y con otras normas generales, las del usufructo patrimonial, en cuanto no se opongan a aquéllas.

Así, según estas normas: el marido administra los bienes de la dote inestimada (art. 1.357), aunque no pueda dar en arrendamiento los inmuebles por más de seis años (arts. 1.363 y 1.548); no está obligado a prestar la fianza de los usufructuarios comunes, pero sí a inscribir con su calidad de dotal los inmuebles inestimados en el Registro a nombre de la mujer y a constituir hipoteca especial suficiente para responder de la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles (art. 1.358); tiene el carácter de poseedor de buena fe en orden a las expensas y mejoras hechas en las cosas dotales inestimadas (art. 1.368), de donde deduce la doctrina favorables consecuencias para su gestión; responde del deterio-

ro que por su culpa o negligencia sufran los bienes dotales (art. 1.360); excepcionalmente, sustituye o enajena con el consentimiento de su mujer y, en su caso, el de las personas mencionadas en el artículo 1.352, los efectos públicos, valores cotizables y demás bienes fungibles de la dote inestimada no asegurados con hipoteca (art. 1.359); de los que si estuviesen asegurados, *a contrario sensu*, dispondrá por sí solo, como si de dote estimada se tratase; no podrá en cambio disponer, por ningún título, de su derecho de usufructo (según se desprende del artículo 108, 2.º, de la Ley Hipotecaria y en general de la regulación de la dote); e intervendrá, finalmente, en la enajenación que de los dotales inestimados pretenda hacer su mujer (art. 1.361).

Reconocida a la titularidad subjetiva del marido sobre los dotales inestimados un propio contenido, se hace necesario su protección por el ordenamiento jurídico. Y si además se tiene en cuenta que la disposición del bien dotal puede acarrear consecuencias perjudiciales a la sociedad conyugal de la que el marido es normalmente el administrador, e incluso especiales obligaciones, se comprenderá con mayor razón la necesidad de su intervención en los actos dispositivos como parte interesada. En efecto, en este último punto el gravamen que sobre el bien dotal se constituye puede suponer una disminución de su rendimiento (ver en este sentido artículo 595 del C. c.), incluso una pérdida absoluta; y si la disposición se realiza mediante precios se verá obligado el marido por mandato de la Ley a constituir el gravamen sobre sus propios bienes.

Limitar entonces su comparecencia a una simple licencia no parece conforme con lo expuesto, toda vez que aquella intervención no irá dirigida sólo a completar una supuesta falta de capacidad de la mujer casada como en los casos tradicionalmente contemplados por los artículos 60, 61, 65, 995, 1.053 y 1.387 del Código civil, con los que no existe una perfecta identidad, sino también a consentir la privación de su titularidad usufructuaria, a meditar sobre las consecuencias que a la sociedad conyugal le pueda reportar el acto dispositivo, y a tomar conciencia de la especial obligación de hipotecar que en su caso le incumbe.

Y no son supuestos idénticos los contemplados en el artículo 1.361 y demás preceptos antes referidos, porque en estos últimos los bienes y derechos son exclusivos de la mujer, cuya falta de capacidad plena o capacidad de obrar restringida precisa ser completada por el marido mediante el mecanismo de la licencia, en tanto que en los dotales inestimados los derechos son exclusivos de cada cónyuge (usufructo y administración el marido, y demás integrantes del dominio la mujer), pero concurrentes, por compatibles, sobre el mismo bien, que lógicamente deben dar a los actos o negocios jurídicos que lo tengan por objeto un cierto carácter común.

De aquí que no sea incorrecta, en nuestra opinión, la idea de darle a la intervención del marido en el supuesto del artículo 1.361 el tratamiento de un consentimiento.

Sin que sea obstáculo a lo dicho el empleo por dicho artículo de la palabra licencia, toda vez que la propiedad de su utilización es muy discutible a la vista de los precedentes históricos que hemos examinado, con respecto a los cuales constituyó en su momento una innovación, y porque el marido se constituye en parte interesada del negocio dispositivo, haciéndose responsable de sus consecuencias.

Ahora bien, la intervención del marido tampoco va más allá de la que la ley le atribuye, o sea, prestar su consentimiento. Por eso de los dotales inestimados dispone la mujer y no el marido. Sin que se pueda afirmar, como antes vimos hacia algún autor (23), que al acto dispositivo concurren ambos cónyuges en régimen de igualdad ni tampoco utilizar la mujer un mandato del marido, pues ni hay verdadera cotitularidad ni el marido (poderdante) puede conferir a otra persona facultades de las que él normalmente carece.

Considerado el supuesto del artículo 1.361 repetido como un caso de consentimiento no parece pueda quedar amparado en la norma del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, del mismo modo que no se incluye en ella el artículo 1.413 del Código civil, toda vez que la falta de consentimiento debe tener en ambos casos el mismo alcance.

De otra parte la norma del artículo 94 es de carácter excepcional, no permitiendo una aplicación extensiva de sus términos (Resolución de la D. G. 15 de marzo de 1972).

III. REFORMA DE LA LEY DE 2 DE MAYO DE 1975

Llegamos así a la Ley de 2 de mayo de 1975 (que entraría en vigor el 25 del mismo mes), por la que se reforman determinados artículos del Código civil sobre situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges, y entre aquéllos el artículo 1.361 que comentamos, cuyo primer párrafo queda redactado en adelante en los siguientes términos: «La mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada con consentimiento de su marido.»

Dos alteraciones se observan respecto al texto anterior: la sustitución del término licencia por el de consentimiento, y la supresión de la referencia al supuesto de mujer casada menor de edad.

(23) LACRUZ, cita 15.

En cuanto a la primera, inmediatamente a la reforma, dos posturas de signo opuesto comenzaron a dibujarse en el ámbito profesional.

Según una, representada por AVILA ALVAREZ, DE LA HAZA ORPÓÑEZ y POVEDA DÍAZ (24), no se tratará de verdadera reforma legislativa, toda vez que sólo ha consistido en sustituir la palabra licencia por la de consentimiento pero sin que el término gramatical empleado lo haya sido en un sentido técnico y expreso, sino como sinónimo de licencia. Y lo justifican porque rehuyendo el legislador el empleo de esta palabra en una reforma legislativa que la suprime se ha visto abocado a utilizar el término consentimiento. La mujer—siguen diciendo—tiene la propiedad de sus bienes dotales inestimados y sería absurdo que para disponer de ellos precisase que el marido consintiera en sentido técnico, ya que ello equivaldría a empeorar la condición de la mujer en una reforma de signo liberalizador y progresista para la misma.

A tenor de lo expuesto—concluirán—la venta del bien dotal inestimado hecho por la mujer casada sin aquel impropio consentimiento será inscribible en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, como lo era—en su opinión—anteriormente; haciéndose constar en la inscripción la falta de dicha licencia.

En cambio la otra postura, representada por ALVAREZ BEJIGA (25) considera indispensable el consentimiento del marido para que la venta de dotales inestimados pueda inscribirse en el Registro, puesto que la licencia la estima desaparecida a todos los efectos sin que pueda sobrevivir en este caso bajo el nombre de consentimiento. El consentimiento del marido—dice—parece necesario porque es administrador y usufructuario de estos bienes, además de que con la enajenación surge la obligación del marido de constituir hipoteca. Por todo ello no es posible efectuar actualmente la inscripción al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

Siguiendo la línea expuesta nos mostramos de acuerdo con esta orientación última por las siguientes razones:

Primero. Que si el supuesto del artículo 1.361 actual fuese verdadera licencia, no se comprende cómo en una reforma legislativa que ha tenido como meta su supresión, puede el legislador mantenerla ni siquiera dándole un nombre distinto.

Más bien se nos ocurre pensar que por no ser licencia, ni ahora ni

(24) Madrid, junio 1975, xerocopia enviada a todas las oficinas de los Registros de la Propiedad, págs. 8 y 9.

FOSAR BENLLOCH, en trabajo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 511, año LI, pág. 1393, considera que el legislador ha dado un paso atrás convirtiendo la antigua licencia en consentimiento; pero esta conversión no es cierta a tenor de lo que hemos expuesto sobre el carácter que siempre ha tenido la intervención del marido en el artículo 1.361.

(25) Xerocopia, *id.*, cita anterior, pág. 4.

nunca, es precisamente por lo que el legislador mantiene la intervención del marido empleando el término adecuado a la naturaleza de la misma. Decir sin más que el legislador emplea la palabra consentimiento porque las circunstancias de la reforma se lo imponen, sin ser ése su propósito, nos parece que es poner en entredicho la labor legislativa, máxime cuando el autor de la reforma asegura haber acabado con el régimen de las licencias.

Y segundo. Tampoco se puede decir que exigir la intervención del marido con el alcance de un verdadero consentimiento equivalga a empeorar la condición de la mujer casada en una reforma de signo progresivo y liberalizador para la mujer. Pues, además de que ello supone dar por existente una condición que como hemos visto es discutida, la liberalización se logre desde el momento en que aquí como en los otros casos ya no es necesaria la intervención del marido—ni por tanto su licencia—para completar la capacidad de la mujer (dice el nuevo artículo 62 que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges), sino que la intervención del marido va referida a extremos que en modo alguno han sido modificados, cuales son, la defensa de su titularidad usufructuaria, la salvaguardia, como gestor, de los intereses económicos de su sociedad conyugal y la admisión de la especial obligación de hipotecar para el caso de enajenación, ya que el segundo párrafo del artículo 1.361 se mantiene en la nueva redacción sin alteración.

Puesto que intereses de la mujer, del marido y de la misma sociedad conyugal concurren sobre unos mismos bienes, estamos ante un negocio jurídico de carácter común que la mujer celebra con el consentimiento del marido. Sin que el carácter común quepa predicarlo sólo de los supuestos de comunidad, como parecen dar por supuesto los autores de la primera postura comentada, excluyendo, sin fundamento en nuestra opinión, el artículo 1.361 del régimen del artículo 65 reformado (26).

(26) Dicen así en la pág. 9 del trabajo citado: «En este último caso del artículo 65 del Código se trata, empleando palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, de un consentimiento sobre negocios jurídicos de carácter común. De un asentimiento prestado por un cónyuge al otro que tiene facultades dispositivas de bienes comunes. En el caso de dotales inestimados se trata de un negocio jurídico de disposición de bienes privativos por su titular dominical.»

Pero aparte de que tal criterio lleva la duda del precepto aplicable a la infracción del 1.361 (pues si se rechaza la procedencia del art. 65 reformado y el anterior art. 62 no existe, ¿cuál ha de fijar el alcance de la falta de consentimiento?), estimamos que tan asentimiento es el supuesto del 1.361 como el del 1.413. En ambos casos el poder de disposición lo tiene atribuido uno solo de los cónyuges, y en ambos casos se exige el consentimiento del otro, consentimiento marital o consentimiento *uxoris*. La única diferencia estriba en que el art. 1.413 trata, efectivamente, de bienes en comunidad (comunidad germánica), mientras que el 1.361 se refiere a derechos propios de cada cónyuge (uno usufructo, otro nuda propiedad) sobre unos mismos bienes; pero tan negocio de carácter común, en el

La Exposición de Motivos de la Ley de Reforma se refiere al régimen de consentimientos alegando que «se recoge en este punto la diferencia teórica, hoy admitida con carácter general, entre el consentimiento que versa sobre actos o negocios jurídicos de carácter común y la licencia que como complemento de capacidad, tiene por objeto los actos o derechos privativos. Si bien se suprimen las licencias es respetado el actual régimen de los consentimientos».

El carácter común que durante años ha marcado a los negocios jurídicos de disposición sobre dotales inestimados y que fue roto en 1889, ha debido indudablemente tenerse en cuenta por el legislador de 1975 a la hora de redactar el nuevo artículo 1.361.

Lo que sucede es que el actual régimen de consentimientos tiene atribuidos los mismos efectos que anteriormente se predicaban de las licencias, pues según el artículo 65 reformado «cuando la ley requiere para actos determinados que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos». Precepto cuya razón de ser justifica la Exposición de Motivos por entender que constituía una laguna legal que la desaparición del anterior artículo 62 podía hacer aún más grave. Añadiéndose en el último párrafo del artículo 1.301 que si la acción de anulabilidad se dirige a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro el plazo de los cuatro años comenzará a contar desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes se hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

Es correcta, pues, la utilización de la palabra consentimiento en el nuevo artículo 1.361.

Y si el artículo 94 del Reglamento Hipotecario no lo considerábamos antes apropiado al supuesto del artículo 1.361, con mayor fundamento tendremos que defender ahora, pues contamos incluso con el apoyo terminológico del nuevo precepto, la no aplicabilidad al supuesto de hecho que nos ocupa.

Así, el acto dispositivo realizado por la mujer casada en sus dotales inestimados, sin el consentimiento de su marido, será un acto anulable, sujeto a impugnación, que por falta de precepto idóneo que lo excepcione no podrá acceder al Registro de la Propiedad siguiendo la normativa general.

El resultado de todo ello con respecto a la posible vigencia del sentido amplio que estimamos se produce la Ley de reforma, lo es un supuesto como otro; sólo que en aquél el carácter común resaltaré por la cotitularidad de los sujetos y en éste por la unidad de objeto e intereses.

título 94 del Reglamento Hipotecario es el de que dicho precepto, habida cuenta la supresión de las licencias, queda circunscrito a situaciones de derecho transitorio. Y en conformidad con ellas, la escritura otorgada por la mujer casada antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975, relativa a sus bienes parafernales, sin la requerida licencia marital, accederá al Registro como ha venido sucediendo hasta ahora, haciéndose constar la falta de la licencia y la posibilidad de su impugnación al amparo del anterior derecho (arts. 62 y 65, anteriores a la reforma) (*). Si bien en cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, como norma favorable, podría defenderse la aplicación del nuevo artículo 1.301 en su último apartado, que reconoce como fecha de comienzo del cómputo de la acción de impugnación no sólo la de disolución del matrimonio, sino también la de disolución de la sociedad conyugal para dar cabida al supuesto de modificación de capitulaciones que afecte al régimen económico conyugal (**). En cambio, la confirmación tácita de los nuevos artículos 65 y 1.301 no podrá llegar fácilmente al Registro por la necesidad en éste de la prueba documental y pública (en este último caso; por ejemplo: notificación notarial de la venta al marido que inicia el cómputo del plazo).

Por cuantas razones han quedado expuestas sería conveniente la reforma del actual artículo 94 del Reglamento Hipotecario, bien sea para suprimirlo habida cuenta de su falta de vigencia o bien para dotarlo de un contenido del que ahora mismo carece, pues nada tendría de extraño, dados los términos del actual artículo 65, se plantease el legislador la conveniencia de extender el tradicional criterio del artículo 94 del Reglamento Hipotecario a todo negocio jurídico inmobiliario de carácter común realizado por uno de los cónyuges sin el preceptivo consentimiento del otro (27).

(*) En cuanto a la posibilidad de que estos negocios accedan al Registro sin la amenaza de su anulabilidad, entendemos que no es correcto dar retroactividad a la Ley de 2 de mayo del 75 por cuanto el marido y sus herederos tienen un derecho o potestad adquirido a la impugnación (Disposición transitoria 4.ª, artículo 2.º, 3, del Código civil) y porque la capacidad para realizar actos o negocios jurídicos debe apreciarse y regirse por la ley vigente en el momento del otorgamiento. Tampoco se puede exigir con propiedad una comparecencia del marido a prestar la licencia, por no existir actualmente; o a ratificar, por no tratarse de negocios de su esfera propia. Pero sí creemos podrá comparecer a confirmar expresamente dichos negocios al amparo de los artículos 1.309 y siguientes del Código civil como único legitimado con sus herederos, en su caso, a estos efectos (art. 1.312 del Código civil).

(**) Ver Disposición transitoria 4.ª del Código civil.

(27) Comprendemos que afirmar esta posibilidad es escandaloso por cuanto que el Registro de la Propiedad, uno de cuyos objetivos es asegurar el tráfico jurídico, sólo debe admitir los títulos (materiales) que sean válidos y perfectos con arreglo a las leyes. Pero no es menos cierto que el Registro de la Propiedad tiene

En cuanto a la otra alteración introducida en el artículo 1.361 por la Ley de Reforma, es decir la supresión de la referencia al supuesto de mujer casada menor de edad, se hace preciso considerar las diversas hipótesis que pueden darse sobre la base de combinar el artículo antes citado con los artículos 60 y 61 de la Reforma. Dichos supuestos son éstos: marido y mujer mayores de edad; marido menor de edad y mujer mayor, marido mayor de edad y mujer menor y marido y mujer menores de edad.

Primera hipótesis: Marido y mujer mayores de edad. Se aplica sólo el 1.361, disponiendo la mujer con el consentimiento del marido, consentimiento que como ha quedado dicho, no puede identificarse conceptualmente con la antigua licencia; aun cuando sus efectos, sobre los que luego volveremos, sean similares.

Segunda hipótesis: Marido menor de edad y mujer mayor. Se aplican los artículos 61 y 1.361 conjuntamente, conforme a los cuales dispone la mujer con el consentimiento del marido que al ser menor de edad (es igual que tenga o no más de dieciocho años) estará completada su capacidad por el consentimiento del padre, madre o tutor.

Este punto era discutido ya en la anterior dicción del artículo 1.361, pues mientras unos consideraban que si el marido tenía más de dieciocho años podía por sí solo dar la licencia al acto dispositivo de su mujer, toda vez que el artículo no distinguía y que no era el marido sino la mujer quien enajenaba, la mayoría de los autores entendían que siempre que el marido fuese menor de edad (tuviera o no dieciocho años) no podía por sí solo, por una interpretación extensiva de la regla 3.^a del anterior artículo 59, prestar la licencia (28).

Criterio que muy bien puede ser mantenido ahora, como señala GARCÍA CANTERO, en la última edición hecha al libro de Familia de la Obra

también la misión de estimular el tráfico jurídico inmobiliario y, sobre todo, de intentar coordinar sus pronunciamientos con la realidad jurídica extrarregistral. Y si anulables son determinados negocios jurídicos comunes de los cónyuges celebrados por uno de ellos sin el consentimiento del otro, no se culpe de ello a la legislación hipotecaria, sino a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la de cierto sector doctrinal (así, sentencias 7-2, 13-3 y 21-4-64, 6-3 y 6-5-69, etc., y RODRÍGUEZ ADRADOS, CÁMARA, BONET, ROCA SASTRE, etc.) que reiteradamente han promovido y al fin logrado, con el consenso del legislador, que tales negocios entren en el tráfico jurídico con la sola advertencia de su anulabilidad o impugnación.

Mantener el Registro cerrado ante esa situación, incrementando el desacuerdo con la realidad jurídica extrarregistral, o bien doblegarse ante tal realidad, máxime cuando ha existido un precedente con el artículo 94 del R. H., creemos que al menos es cuestión de inaplazable planteamiento para el legislador y, a ser posible, de resolución favorable en el más breve plazo, pues el desbordamiento entre una y otra realidad puede ser asombroso en un corto espacio de tiempo.

(28) Confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 3-3-1911. Ver CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 444.

de CASTÁN (29), con fundamento en la finalidad que el legislador atribuye ahora al consentimiento marital como referido a actos o negocios jurídicos de carácter común, según hemos visto.

Tercera hipótesis: Marido mayor de edad y mujer menor. Se aplican también los artículos 61 y 1.361 del Código civil, a tenor de los cuales dispone la mujer con el consentimiento del marido pero completada su capacidad por el consentimiento del padre, madre o tutor.

La reforma de 2 de mayo ha suprimido el apartado que el artículo 1.361 venía dedicando a este supuesto, en el que se establecía un complicado mecanismo de licencia judicial e intervención del padre y subsidiariamente la madre, constituyente de la dote, tutor, protutor, consejo de familia o cualquiera de sus vocales (art. 1.352), por entender indudablemente que los nuevos artículos 60 y 61 regulan con suficiencia la capacidad de los cónyuges en orden a la administración y disposición de sus bienes tanto comunes como privativos; no suponiendo la mentada supresión por tanto laguna legal alguna.

Si bien es de señalar que al no reformarse en el mismo sentido el artículo 1.359, que contiene una remisión expresa al 1.352 cuando la dote consiste en efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles, se ha venido a establecer una dualidad de regulación en orden a los consentimientos nada edificante, salvo que se quiera entender producida una derogación implícita de aquella remisión.

Cuarta hipótesis: Marido y mujer menores de edad. Por la combinación de los criterios anteriores, el acto dispositivo se realizará por la mujer con el consentimiento del marido, completados ambos cónyuges en su capacidad con el consentimiento del padre, madre o tutor respectivos.

Y todo lo expuesto es de aplicación tanto respecto a los actos de enajenación *strictu sensu* como a los de gravamen o hipoteca, pero sólo respecto de los bienes inmuebles o raíces (art. 61).

Pues, tratándose de muebles hay que distinguir: si son efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles dispone el marido por sí solo si están garantizados con hipoteca y si no lo estuvieren necesitará el consentimiento de la mujer y el de las personas señaladas en el artículo 1.352 si aquella fuese menor de edad (art. 1.359), salvo que en cuanto a esto último se entienda producida la derogación indicada anteriormente. En todos los demás supuestos de bienes muebles por aplicación de la norma general del artículo 1.361, que habla de bienes, sin distinguir entre muebles o inmuebles, dispondrá la mujer con el consentimiento del marido sin que sea preciso en este caso el de las personas mencionadas en el ar-

(29) Novena edición, *Derecho civil común y foral*, 1976, tomo V, vol. 1, página 561.

título 61 (exclusivo de los bienes raíces), siempre que los cónyuges sean mayores de dieciocho años, pues si fuesen menores de esa edad parece conveniente el consentimiento del padre, madre o tutor, toda vez que resultaría ilógico que lo precisaran para actos de administración (art. 60), y no en cambio para los de disposición sobre muebles.

En cuanto a los actos de administración de dotales inestimados, que no son objeto de nuestro examen, su regulación vendrá dada por el artículo 1.357 y concordantes y por el nuevo artículo 60 que fija los complementos de capacidad o régimen de consentimientos para el cónyuge administrador menor de dieciocho años.

En cuanto a los efectos del negocio jurídico celebrado sin alguno de los consentimientos citados, conviene distinguir:

Si se trata del consentimiento que subsidiariamente y a modo de complemento de capacidad deben prestar el padre, madre o tutor en los supuestos de los artículos 60, 61 y 1.359, su falta determinará, por aplicación de los artículos 1.300, 1.301 y 1.302 del Código civil, la anulabilidad del contrato o negocio jurídico celebrado. Dada la naturaleza subsanable del defecto el Registrador suspenderá la inscripción solicitada.

Y si se trata del consentimiento que el marido debe prestar a la mujer de conformidad al artículo 1.361, o del que un cónyuge debe dar al otro en base a los nuevos artículos 60 y 61, su falta supondrá también una nulidad relativa o anulabilidad del contrato o negocio jurídico celebrado, pero por aplicación no sólo del artículo 1.301 sino del más concreto artículo 65 reformado. Carácter que corrobora la propia Exposición de Motivos de la ley hablando, para el supuesto que nos ocupa, de «Anulación» del negocio celebrado.

Y que la doctrina más reciente que va apareciendo tras la Ley de 2 de mayo de 1975 mantiene con el mismo alcance, se trate del supuesto general del artículo 65 reformado, así Díez-PICAZO y GULLÓN, en su Sistema de Derecho civil, o del más concreto del artículo 1.361, así GARCÍA CANTERO en la obra antes citada (30).

De esta opinión disiente LACRUZ BERDEJO, en su nuevo Derecho civil de la Mujer Casada (31), por entender que en los casos de los artículos 1.361 y 1.415 que él identifica, marido y mujer son cotitulares del bien dotal inestimado que se enajena o grava, o del bien ganancial que se dona y rechaza la aplicación del artículo 65, por considerar que en ambos supuestos se trata de una codisposición.

Pero, aparte de que no creemos deba distinguirse donde no lo hace la

(30) *Sistema de Derecho Civil*, ed. 1976, pág. 258, y obra anteriormente citada, pág. 560, respectivamente.

(31) *Cuadernos Civitas*, ed. 1975, págs. 73 y ss.

ley, tal identificación de supuestos no nos parece correcta. En el régimen del artículo 1.415 se trata efectivamente de una codisposición de los cónyuges, porque cotitulares de los bienes gananciales sin cuotas concretas y privado el marido de facultades dispositivas, salvo en los supuestos que el mismo precepto exceptúa (motivo de piedad y de asistencia a los hijos), se hace necesario la concurrencia de marido y mujer en régimen de igualdad; o sea, codisponiendo, para que el acto de liberalidad sea plenamente eficaz. Pero en el supuesto del artículo 1.361 los cónyuges no aparecen como cotitulares o condueños de los bienes dotales inestimados, puesto que los derechos de cada uno sobre dichos bienes exclusivos por otro lado, se encuentran en régimen de desigualdad y con la misma condición deben comparecer para los actos de disposición; de aquí que en este caso sea la mujer la que disponga aunque con el consentimiento del marido, pero sólo eso.

Desde el punto de vista de la actuación registral, dada la naturaleza que venimos atribuyendo a la falta del consentimiento del artículo 1.361, como del artículo 65 en general, y la improcedencia de la aplicación del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, según ha quedado expuesto, lo procedente será suspender el asiento solicitado por el carácter subsanable del defecto.

Para terminar estas consideraciones, cabría preguntarse si puede tener lugar la autorización judicial como subsidiaria del consentimiento del artículo 1.361.

Es decir, si ante la negativa que puede ser injustificada, del marido podrá la mujer casada para evitar las consecuencias que le atribuye el artículo 65 al negocio celebrado, acudir a la autorización judicial subsidiaria.

Tal posibilidad no se preveía en el anterior texto del precepto del Código civil, a diferencia de lo que ocurría en otros artículos como el 60, 995, 1.053 y 1.387, aunque estaba bastante extendida la idea de hacer una aplicación extensiva de la autorización judicial subsidiaria a cualquier supuesto que aun no previsto por el Código o Leyes Especiales reconociese el mismo fundamento, para evitar un ejercicio arbitrario de la potestad marital; en este sentido, entre otros, DE CASTRO, PUIG BRUTAU, CASTÁN, LACRUZ (32).

Incluso en la antigua redacción del artículo 225 (33) había una referencia a la autorización judicial para la disposición de dotales inestima-

(32) *Obras citadas*, respectivamente, págs. 285, 342, 199 y 94, también respectivas.

(33) Artículo 225, segundo apartado, antes de la reforma: «La mujer administrará los dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal. Para enajenarlos necesitará autorización judicial.»

dos por la mujer del pródigo, que tras la reforma ha desaparecido; si bien es cierto que la autoridad judicial era llamada en tal caso no por vía de subsidiariedad, que es la que tratamos, sino de sustitución ante la imposibilidad de la actuación del marido.

Sin embargo, la falta de identidad absoluta del supuesto que nos ocupa con el de los artículos anteriormente mencionados, según hemos venido viendo, y la ausencia de referencia alguna en este sentido tanto en el artículo 1.361 como en el artículo 65, que por su carácter más general del mismo modo que fija el alcance de la falta del consentimiento podía haber previsto esta forma de suplirlo, podría inclinarnos a la postura negativa.

Pero hay un argumento en favor de la admisibilidad que pese a lo dicho y por su importancia no queremos omitir. Y es el de la analogía, que venimos manteniendo, del consentimiento del artículo 1.361 con el del artículo 1.413.

Si ambos consentimientos son análogos y en el supuesto de negativa de la mujer se puede acudir por declaración de la ley a la autorización judicial subsidiaria, ¿qué razón existe, siendo el mismo fundamento para no aplicarlo al consentimiento del marido? ¿Acaso la analogía (art. 4.º del nuevo Título preliminar del C. c.) no estaría bien utilizada en este caso?

Si la autoridad judicial suple un consentimiento tan trascendente cual es el de la mujer respecto a la disposición de bienes gananciales de los que es cotitular con su marido, ¿por qué no suplir un consentimiento también importante, pero menos, como es el del marido respecto a la disposición de bienes dotales inestimados de los que no es cotitular propiamente con su mujer?

El deseo de igualar la condición jurídica de la mujer casada, que en otro caso quedaría postergada con respecto a la del marido y que ha constituido motivo determinante de la reforma última al Código civil, debiera ser, con el anterior, argumento suficiente para justificar la procedencia de la autorización judicial como subsidiaria del consentimiento del marido en la disposición de bienes dotales inestimados (34).

JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO
Registrador de la Propiedad de Vélez-Rubio

(34) La Compilación Foral de Navarra, en la redacción dada a la Ley 58 por Decreto-Ley de 26-12-75 (siguiendo, según el citado Decreto-Ley, la orientación que presidió la reforma parcial del Código civil de 2 de mayo), viene a reconocer expresamente la posibilidad de la autorización judicial subsidiaria de los consentimientos de los cónyuges con carácter general al decir que «respecto a los actos en que cualquiera de los cónyuges precisare, por pacto o por ley, el consentimiento del otro, podrá éste ser suplido por el Juez...».