

LA HIPOTECA DOTAL Y SU RECEPCIÓN EN *FURS*

LUCÍA BERNAD SEGARRA
Universidad de Valencia

Al llegar a nuestro conocimiento que el presente congreso iba a tratar de los derechos reales, de inmediato pensamos en elegir un tema relacionado con la figura de la hipoteca para desarrollar la presente comunicación.

De entre todos los aspectos interesantes que a dicho tema se refieren, decidimos centrarnos en el estudio de los problemas derivados de la existencia de una pluralidad de acreedores hipotecarios.

Al estudiar las fuentes que regulan dicho supuesto, nos llamó la atención el funcionamiento y la existencia de una serie de acreedores hipotecarios calificados como privilegiados.

Se trata de supuestos en los que no se aplica el principio de prioridad temporal, *prior tempore potior iure*¹, que es el criterio que se utiliza para graduar las hipotecas sucesivas sobre un mismo bien.

Por el contrario se trata de acreedores hipotecarios que van a ver satisfecho su crédito antes que los demás acreedores, aunque éstos hubiesen constituido sus créditos hipotecarios con anterioridad.

En época clásica sólo existen dos clases de hipotecas privilegiadas, la que se establece en favor del Fisco y en garantía del pago de los tributos², y la *versio in rem*, o hipoteca a favor de quien ha invertido dinero en la adquisición o conservación de la cosa³.

¹ D. 20,4,2 y 11; eod., 3,1; eod. 11 pr.; eod. 12,10; C. 8,17(18), 3 y 6; C. 8,25 (26),3.

² Ver entre otros textos: C. 8,14(15),1 (a. 213); C. 4,46,1 (sin fecha). En este punto es interesante la teoría sostenida por el profesor MIQUEL («El rango hipotecario en el Derecho Romano clásico», en *Anuario de Historia del Derecho*, 29, 1959, pp. 284 y ss.), según la cual el fisco no rompe el principio de prioridad temporal.

³ D. 20,4,3,1 (*Pap. 11 resp.*); eod. 5 (Ulp. 3 disput.),6 (Ulp. 73 ed.) y 7 pr (Ulp. 3 disput.); C. 8,18(17),7; Nov. 97,3. FREZZA, en *Le garanzie delle obbligazioni*. Vol. II, Padova, 1963, pp. 257 y ss., señala los distintos casos de *versio in rem* que podemos encontrar en las fuentes:

En época postelásica, este cuadro se completa con la aparición de nuevas hipotecas privilegiadas, como son la prioridad por documento⁴, y la prioridad de la hipoteca a favor de la mujer por la restitución de la dote.

Es este último caso de hipoteca privilegiada el que va a ser objeto del actual trabajo, puesto que al estudiar su recepción en los *furs de Valencia*, se pone de manifiesto el carácter verdaderamente técnico de dicha legislación.

Es claro que en el momento de su confección, se tuvo en mente la aplicación del Derecho Romano a aquella época, fruto de la influencia de eminentes juristas que se habían formado en el clasicismo típico de la entonces influyente escuela de Bolonia⁵.

Pero también es cierto que aquellos legisladores no se limitaron a aplicar sin más aquellos preceptos justinianos, que podían tener aplicación práctica en aquel momento, sino que fueron capaces de alejarse del Derecho Romano en aquellos aspectos que no atendían a la realidad del momento, llegando incluso a crear soluciones opuestas a las establecidas por el Derecho Romano⁶.

Esta actitud es precisamente la que puede observarse en esta figura de la hipoteca dotal.

Ya hemos señalado que se trata de una institución creada por Justiniano⁷, con la finalidad de que los bienes dotales queden salvos a la mujer, y se le asegure la restitución de los mismos llegado el momento.

--- Crédito derivado del pago del precio de adquisición de la cosa pignorada. D. 20,4,5 (*Ulp. 3 disput.*); D. 20,4,7 pr. (*Ulp. 3 disput.*).

— Crédito derivado del pago del precio de venta de la cosa pignorada por parte de un acreedor posterior *cuius pecunia ad priorem creditorem pervenit*. C. 8,18(19),3 (a. 224); D. 20,5,3 pr. (*Pap. 3 resp.*); D. 20,4,17 (*Paul. 6 resp.*).

— Créditos por los gastos en la conservación de la cosa. D. 20,4,5 (*Ulp. 3 disput.*).

— Créditos del pupilo por cosas compradas con su dinero. D. 20,4,7 pr. (*Ulp. 3 disput.*); D. 27,9,3 pr. (*Ulp. 35 ad ed.*).

⁴ Establecida por el emperador León en el año 472, y que aparece en C. 7,17(18),11, donde señala que aquella hipoteca que se haya constituido en documento público, o en documento privado pero contando con la presencia de tres testigos idóneos es una hipoteca privilegiada. Sobre este tema puede consultarse a SCARCELLA, Agatina Stefania, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997.

⁵ Tal es el caso del jurista Pere ALBERT, quien parece que fue el autor de las *Costumes de la ciutat de València* que a dicha ciudad concedió el rey Jaime I en 1238-1239, y que luego será el núcleo sobre el que se confeccionará una obra mucho más completa y de aplicación general como son los mencionados *Furs* del Reino de Valencia.

⁶ GARCÍA I SANZ, Arcadi, *Institucions de dret civil valencià*, Castelló, 1996, pp. 15 y ss.

⁷ C. 5,13,1: «Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarum rerum et in aliis multis iuris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in huiusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis, sive ipsae principales personae dotes dederint vel promiserint vel susceperint, sive aliae pro his personae, et dos sive adventitia sive aliae pro his personae, et dos sive adventitia sive profectitia sit secundum veteris iuris nominationem. Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis pos-

La concepción y regulación de la dote va variando tal y como va evolucionando el tratamiento de la propia familia romana, y Justiniano lo que hace es recoger la idea que ya subyacía en los juristas clásicos, sobre la protección de los bienes dotales en favor de la mujer, para darle sanción jurídica de una manera general y definitiva⁸.

La dote, que en principio se considera como de propiedad del marido, poco a poco va perdiendo dicha concepción, para ser entendida como un conjunto de bienes que se aportan no al patrimonio del marido, sino al de la familia y con una finalidad claramente señalada, soportar las cargas que son propias a la misma⁹.

El marido, como padre de familia, es quien ha de velar por el sostenimiento de dichas cargas, por lo que es a él a quien se entregan los bienes dotales como depositario del patrimonio familiar¹⁰.

Es decir, los bienes se entregan al marido, ya por la propia mujer, ya por su padre o por una tercera persona, pero continúan perteneciendo a la misma, puesto que a ella volverán en cuanto se disuelva el matrimonio¹¹.

Esta concepción de la dote crea la necesidad de garantizar su restitución, y a la creación de dicha hipoteca dotal se hace referencia tanto en Código¹² como en las Instituciones¹³.

De manera que la mujer tiene garantizados sus bienes dotales con una hipoteca legal, privilegiada y general sobre todos los bienes que forman parte del patrimonio del marido.

Es claro, que, en este caso, el privilegio es consecuencia del especial carácter que los bienes dotales tienen, y la especial circunstancia que supone que estamos hablando de bienes que se dan al marido, pero sobre los que la mujer tiene un derecho.

sit afferre praedictii, quum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induximus providentiam [...].»

⁸ D'ANCONA, *Il concetto della dote nel diritto romano*, Firenze, 1889. Ed. Anast, Roma, 1972, p. 2. GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho Romano*, Roma-Madrid, 1958, pp. 74 y ss.

⁹ D. 23,3,56,1(Paul. 6 ad Plaut.): *ibidos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*.

¹⁰ D'ANCONA, *op. cit.*, p. 20.

¹¹ C. 5,12,30 pr. I, en la que concede a la mujer y sobre los bienes dotales, sean muebles o inmuebles, estimados o no, tanto la acción reivindicatoria, como la hipotecaria preferente a todos, ya que se entiende que por derecho natural dichos bienes son de la mujer. Sobre dicho texto puede verse, SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, p. 447; y GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, p. 74.

¹² C. 5,13,1 b.: «Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum un administrione pupillarum rerum et in aliis multis iuris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in huiusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis, sive ipsae principales personae dotes dederint vel promiserint vel susceperint, sive aliae pro his personae, et dos sive adventitia sive profectitia sit secundum veteris iuris nominationem. Ita enim et impenitentia hominum et rusticitas nihil eis possit afferre praedictii, quum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induximus providentiam.»

¹³ I. 4,6,29 i. f.

Se trata de una hipoteca privilegiada porque no se somete al principio *prior tempore potior iure* que regula la gradación en caso de pluralidad de hipotecas.

Por último, y este es el aspecto que más nos llama la atención, se trata de una hipoteca de carácter general, con todos los problemas que acarrea este tipo de garantías.

Ya sabemos que el sistema hipotecario romano es un sistema altamente imperfecto, siendo precisamente el tema de las hipotecas generales, uno de sus principales problemas, junto con el tema de la inexistencia de un sistema de registro público.

Esta nueva concepción de la dote y, en concreto, la creación de esta hipoteca dotal legal se verá plasmada en las diferentes legislaciones españolas, de modo que las Partidas, el Derecho aragonés, el navarro y el catalán, acogen la figura de la hipoteca dotal como hipoteca general, tal y como la concibió Justiniano.

A nosotros nos interesa de una forma especial prestar atención a lo que disponen los *Furs* de Valencia al respecto.

Hacemos mención a esta legislación concreta porque, siguiendo en ello a GARCÍA OMS¹⁴, entendemos que su regulación sobre la materia supone un notable avance respecto a las demás legislaciones de su época.

En *Furs* encontramos regulado el instituto de la dote con el nombre árabe de *exovar*, pero teniendo en cuenta que hacen mención ambos términos a una misma realidad.

También en *Furs* los bienes dotales están destinados al sostenimiento de las cargas familiares, y en tal sentido dichos bienes y los frutos que estos produzcan ha de pertenecer al marido¹⁵.

Sin embargo, encontramos en la legislación de *Furs* una especialidad respecto a las otras legislaciones con relación a la hipoteca dotal, y es que ya en el siglo XIII, se ve la necesidad de acabar con el problema que supone la existencia de las hipotecas generales.

La única legislación en la que encontramos una regulación similar es en *Las Costums de Tortosa*¹⁶, y la razón es precisamente que esta última fue posterior en el tiempo y tomó como punto de partida las disposiciones contenidas en *Furs*.

Procederemos ahora a la exégesis del texto que recoge la regulación de la hipoteca dotal en *Furs*:

Fur VI, Rub. I, llibre V

«Sil marit obligarà specialment a la muller per son exovar alcuna cosa seent, les altres coses ols altres béns del marit no sien per aquel exovar a ella obligades; si les coses obli-

¹⁴ *La hipoteca dotal*, Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura, Tomo XV, enero-febrero, 1934, Cuaderno 1.

¹⁵ *Fur* 5 rúb. III Llibre 5 (= C. 20, De iure dotium, 5,12); *Fur* 18 rúb. I, Llibre 5 (= D. 23,3,7, pr.Ulp. 31 Sab.); *Fur* 17, rúb. I, Llibre 5 (= D. 23,3,1 Paul. 14 Sab.).

¹⁶ C. T. V-1-3 y 4.

gades valen tant que l'exovar, el creximent li sia salvu en aquella obligatió. E si la muller donarà al marit en exovar coses seents, les altres coscs del marit no sien obligades a la muller per rahó d'aquel exovar. Mas aqueles coses que ella aportarà o darà al marit sien salves tota hora a la muller, si doncs per rahó de piyorament d'aqueles coses que seran donades en exovar per colpa o negligència del marit no seran piyorades; o si doncs en la carta del sposalici d'altra manera no era contengut.»

Vemos como en este texto los legisladores intentan regular todos los posibles supuestos que pueden encontrarse en la práctica.

En el primer párrafo del citado texto, se establece de forma expresa la posibilidad de que el marido constituya hipoteca especial sobre determinados bienes inmuebles suyos, en garantía de la dote, de forma que los demás bienes queden liberados de dicha garantía.

En el caso de que la dote consista en bienes inmuebles, son estos mismos los que suponen la garantía de la restitución, de modo que los demás bienes del marido no se hallen afectos a la hipoteca, puesto que se supone que la mujer ya tiene suficiente garantía con dichos inmuebles, que continúan siendo suyos.

En el párrafo tercero se establece un supuesto en el que no sería de aplicación lo dispuesto en los párrafos anteriores, y es aquél en el que las cosas dadas en dote desmerecen por culpa o negligencia del marido, puesto que en este caso todos sus bienes quedarían afectos a responder del menoscabo que los bienes dotales hayan sufrido ¹⁷.

En el caso de que el contenido de la dote sean bienes que no son inmuebles, establece el *Fur* que éstas le sean siempre garantidas.

Y, por último, finaliza el presente *Fur* estableciendo que todo lo dispuesto en él será de aplicación sin perjuicio de que las partes hayan estipulado una regulación diferente, de modo que aquello que hayan estipulado las partes se antepondrá a lo dispuesto por la ley.

Encontramos aquí un expreso reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes, tal y como ya aparecía recogido por Justiniano ¹⁸.

Vemos como ya en el siglo XIII, los legisladores de los *Furs* son conscientes de la necesidad de regular este tipo de hipoteca privilegiada en cada uno de los supuestos que puedan darse, pero sin que ello implique un perjuicio excesivo en la situación del ma-

¹⁷ La referencia a la exigencia de responsabilidad por culpa la encontramos en un texto del Digesto, D. 23,3,17 (*Paul. 7 Sab.*).

¹⁸ C. 5,7,16. (a. 530): «Illud etiam generaliter praesentí addare sanctioni necessarium esse duximus, ut, si qua pacta intercesserint vel pro usuris, vel pro alia quacunq[ue] causa, auac nec contra leges nec contra constitutiones sunt, ea observentur [...]» A este respecto, Honorio GARCÍA OMS (*op. cit.*, p. 5) señala que sólo se encuentra una disposición semejante en una legislación hispana contemporánea de los *Furs*, como es, de nuevo, las *Costums de Tortosa*.

rido, tal y como podía ocurrir con el sistema de la hipoteca general sobre la totalidad del patrimonio del marido.

Hay que señalar, que la legislación foral valenciana, aunque en este aspecto se aleja de lo dispuesto por Justiniano, conserva intacta la idea de que los bienes dotales son de propiedad de la mujer, y el tratamiento diferente que han de darse a dichos bienes según se den en dote estimada o inestimada.

De manera que se establece de forma expresa que en el caso de que los bienes se den al marido en dote inestimada, se entiende que la mujer conserva la propiedad de los mismos¹⁹, si bien la mujer no puede disponer de ellos sin contar con el consentimiento del marido²⁰, al igual que el marido tampoco puede vender ni enajenar sin el consentimiento jurado de la mujer²¹; mientras que si se dan en dote estimada, se entiende que los bienes dotales son de propiedad del marido.

Este diferente tratamiento obedece, como en Derecho Romano, a la diferente asunción del riesgo según se trate de un tipo de dote u otra.

En el caso de la dote inestimada, tanto el riesgo como el incremento que puedan sufrir los bienes dotales, corren a cargo y aprovecha a la mujer²², pues son dichos bienes, y no un valor, lo que ha de recuperar la mujer en el momento de la restitución de la dote.

Por el contrario, en el caso de dote estimada, la legislación foral valenciana que también toma la distinción romana entre la dote estimada *taxationis causa*²³, y la estimada *venditionis causa*²⁴, señala que en ambos casos la propiedad y el riesgo pertenecen al marido, puesto que llegado el momento de la restitución lo que ha de devolver es un valor fijado de antemano, por lo que en este caso el marido puede vender o enajenar los bienes dotales aún sin contar con el consentimiento de la mujer²⁵ y en cuanto a los frutos, los hace suyos pero está obligado a aplicarlos al sostenimiento de la familia.

En el resto de las legislaciones españolas, hay que esperar a los trabajos de la Comisión que redactó la Ley Hipotecaria española de 1861 para encontrar una referencia a la especialidad de la hipoteca dotal.

Hay que tener en cuenta que dos de las ideas que presidían los trabajos de esta comisión, eran el establecimiento del sistema de publicidad registral, y, precisamente, acabar con la existencia de hipotecas generales sobre todo un patrimonio.

Dicha hipoteca es establecida y regulada por el art. 169 de la citada Ley, y el 169 de la Ley Hipotecaria de 1909, así como el antiguo art. 1349 del Código Civil, cuyo conte-

¹⁹ *Fur* 5,5,7.

²⁰ *Fur* 5,5,7 y *Fur* 4,9,1.

²¹ *Fur* 4,9,28.

²² *Furs* 5,5,32 a 35, cuyo contenido es tomado en parte de D. 23,3,10,1 (*Ulp.* 34 *Sab.*) y en C. 5,12,5.

²³ *Fur* 5,1,5.

²⁴ *Fur* 5,5,34, cuyo contenido coincide con lo dispuesto en D. 23,3,10, 4 y 5 (*Ulp.* 34 *Sab.*).

²⁵ *Fur* 4, 9,1.

nido fue derogado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modificaron determinados artículos en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en el sentido de prescindir de la dote y parafernales, por lo que actualmente la hipoteca dotal sólo cabe en relación con los territorios forales que, de momento, conservan estos conceptos, como son Cataluña, Baleares, Navarra y Aragón, en cuanto a la dote ²⁶.

En el art. 169 de la actual Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, se mantiene la regulación de la hipoteca dotal, y se hace partiendo de la distinción clásica entre dote estimada y dote inestimada.

Así, establece que en el caso de que el marido reciba como dote estimada bienes inmuebles y derechos reales, se establece que la mujer tiene derecho a que el marido los inscriba a su nombre y a la vez los hipoteque en favor de su mujer, añadiendo que en el caso de que con ello no se asegure la devolución de su importe, hipoteque a su favor otros bienes que sí lo hagan.

Estamos, por tanto, ante una hipoteca especial, sin que ello sea óbice para que, entendiéndose que con dichos bienes no se garanticen completamente el derecho de la mujer, puedan hipotecarse otros bienes con dicha finalidad.

Hay que señalar el hecho de que en este caso, al igual que ocurría en Derecho Romano, y como también se recoge en *Furs*, los bienes estimados se entiende son del marido, puesto que el riesgo que estos sufran correrán a cargo del mismo, puesto que su obligación es devolver el valor estimado, y para garantizar dicha devolución se establece que a la vez que dichos bienes son inscritos a nombre del marido, se proceda también a la constitución de una hipoteca sobre los mismos en favor de la mujer.

En el caso de que se den en concepto de dote inestimada bienes inmuebles y derechos reales, la mujer tendrá derecho a que se inscriban en el Registro no ya a nombre del marido e hipotecándolos a su favor, sino a nombre de la propia mujer.

Vemos como también aquí se sigue la concepción romana por la que los bienes dotales, caso de no ser estimados, pertenecen a la mujer, puesto que en este caso el riesgo que sufran los bienes dotales lo asume la mujer.

Por último, establece que también tiene derecho a que el marido le asegure con hipoteca especial suficiente, todos los demás bienes no comprendidos en los párrafos anteriores y que se le entreguen por razón de matrimonio.

Al finalizar este pequeño trabajo, vemos cómo la concepción de la dote como unos bienes que son de la mujer, pero que se conceden al marido con la finalidad de contri-

²⁶ Compilación catalana: arts. 31.3 y 37.2, pár. 3º, del art. 41, pár. Penúlt. Art. 48 y art. 46.3. Compilación de Navarra: Ley 121.2 y 4. Compilación de Aragón: art. 30 a 32. Compilación de Baleares: art. 5, 65 y 66.5.

buir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, es acogida por todas las legislaciones que se dan en territorio español hasta nuestros días.

Lo mismo ocurre en cuanto a la regulación de la restitución de la dote, de forma que se intenta solucionar cada supuesto concreto según la naturaleza de los bienes dotales, y según se trate de dote estimada o inestimada.

Ahora bien, la primera vez que una de estas legislaciones se aparta del Derecho Romano en un punto esencial de la regulación de la restitución de la dote, se produce, como ya hemos señalado, en los *Furs* de Valencia, donde se sustituye la hipoteca general sobre todos los bienes del marido por una hipoteca especial sobre determinados bienes.

Novedad ésta que no es recogida por ninguna legislación española posterior hasta la ya citada Ley Hipotecaria de 1861, donde se acaba con las hipotecas generales, atendiendo a una necesidad de adecuar la legislación hipotecaria a la realidad de la práctica diaria.

En nuestra opinión ésta no es más que una muestra del enorme valor científico que tiene el estudio de un cuerpo jurídico tan poco valorado hasta hace bien poco como es el de los *Furs* de Valencia; no hay que olvidar que su contenido estuvo vigente hasta 1707, cuando fue abolido por el llamado Decreto de Nueva Planta.

A partir de este momento el texto de los *Furs* fue injustamente olvidado, sin que en ningún caso se tuviera en cuenta la importancia que para la confección de posteriores legislaciones podía tener su estudio.

Si tal cosa no hubiese ocurrido, quizás no habría habido que esperar tanto tiempo para solucionar una cuestión que ya en el siglo XIII había sido solucionada por quienes confeccionaron el texto de los *Furs*.