

40. Aunque cada heredero del marido es responsable únicamente á los acreedores de este á proporcion de la parte que percibe de la herencia, puede repetir la viuda contra uno de los herederos *in solidum*, no como tal, sino como poseedor de la finca ó fincas hipotecadas, especialmente á la seguridad de la dote, porque el derecho de prenda é hipoteca, no sigue á la persona sino á la cosa; en cuya atencion, si son muchos los obligados, y la hipoteca se halla en poder de uno de ellos, podrá el acreedor á su eleccion reconvenir á todos á prorata ó *in solidum* al que posee la finca hipotecada. Además, aunque los bienes hipotecados estén divididos entre los herederos, prodrá la viuda dirigir su accion *in solidum* contra el uno por toda su dote, porque el derecho de hipoteca es individuo, y asi no puede juzgarse dividido entre ellos. Y es de notar, que la viuda ha de reconvenir á los herederos de su marido en el fuero del domicilio de este.

41. A la madre que fuere tutora de sus hijos, y pretende la restitucion de su dote, no se debe de negar ni retardar su entrega ó solucion, mientras no dé la cuenta de la tutela, aunque haya alguna verosimilitud de que resultará alcanzada, ni por consiguiente ha de admitirse á sus hijos la excepcion de compensacion que la opongan, porque esta no tiene lugar en lo que no está líquido con lo que lo es: lo cual se entiende aunque haya renunciado el auxilio de las leyes que la protegen, porque se constituiría de peor condicion la dote que los créditos de otros acreedores, contra los cuales no se debe excepcionar ni deferir á la retencion por el crédito no líquido. No obsta alegar que pudo haberse reintegrado, y se presume que lo estará, porque sin embargo de que un administrador puede hacerse pago por sí de los bienes de su deudor que administra, esto no prueba que la madre lo esté de su dote hasta que por la cuenta que presente se vea su alcance, y si las rentas de los bienes de sus hijos fueron tan cuantiosas que bastaron para cubrirse de ella y alimentarlos, mayormente debiendo creerse que por su natural afecto á ellos se condujo fielmente en la administracion de sus bienes (1).

42. Tocante al segundo caso propuesto, esto es, á la pretension de preferencia ó prelacion en concurrencia de otros acreedores de su marido, mediante haber varias clases de ellos con diversos privilegios, sentaré para la debida claridad varias con-

(1) Bersau, de viduis, cap. 2. quest. 22. num. 2 y 3.

elusiones; pero antes debo advertir que si la hipoteca que tiene por su dote la muger en los bienes del marido es general, puede dirigir su accion contra los que mas bien le parezcan; y que si es especial, debe intentarla contra los afectos especialmente, haciendo excusion en ellos antes de proceder contra los restantes, al modo que están obligados á hacerlo los demas acreedores, pues la ley no ha concedido en este punto ningun privilegio á la muger, y en ella milita la misma razon de equidad que en otros cualesquiera (1).

43. Conclusion primera. Si la muger contiende con el fisco que ha secuestrado y confiscado los bienes de su marido por algun delito ó motivo, sobre que se la prefiera en el pago de su dote confesada por este, no debe ser oida mientras no acredite su verdadera entrega, á menos que haya precedido promesa dotal á la confesion (2).

44. Conclusion segunda. En todos los casos en que la muger prueba la verdadera entrega de su dote, sin la mas leve sospecha de fraude, sea mientras está casada, ó despues que envidua, perjudica la confesion de su marido á sus acreedores, por lo que en concurrencia de estos debe obtener, generalmente hablando, la prelacion en el pago (3).

45. Conclusion tercera. Si el marido confiesa en contrato la recepcion de la dote antes de casarse, perjudica tambien á los demas acreedores suyos, porque como regularmente no se efectúan los matrimonios sin dote, excepto que los contrayentes sean pobres, es verosimil que se haya entregado segun expresa el marido, y asi carece de la sospecha de fraude, especialmente si contiene renuncia de la excepcion del dinero no entregado, mientras no se pruebe lo contrario (4).

46. Conclusion cuarta. Si á la confesion de haber recibido la dote precedió promesa por escritura pública distinta de aquella en que el marido confiesa su recibo, prueba su entrega, haga este la confesion antes de casarse, ó estando casado, y perjudica no solo á sus herederos, sino tambien á sus acreedores, como se ha sentado en el párrafo 3o.

47. Conclusion quinta. Habiendo hecho el marido la confe-

(1) Covarr. lib. 3. Var. cap. 18. num. 9.  
Casill, lib. 4. Controvers. cap. 26. num. 27.  
3. 47.

(2) Ley Si quis, 9. Cod. de bonis gros-  
cipi.

(3) Mantie. de tacit. lib. 11, tit. 20. num.  
40.

(4) Bersan de viduis, cap. 2. quest 26.  
num. 58.

sion de la dote durante su matrimonio, sin haber precedido promesa dotal, y siendo los acreedores simples quirografarios, los excluirá la muger, aunque tengan la prioridad de tiempo, porque en igual caso es mejor la condicion de la dote, á causa de que le compete el privilegio de prelacion. Pero si los acreedores anteriores fundan su intencion en la confesion, v. gr. de depósito, venta ú otra cosa fuera de mutuo, no hecha durante el matrimonio, se preferirán á la muger, porque en este caso es igual su condicion á la de la dote, mediante no poder oponérsele la excepcion del dinero no entregado, y por la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es en derecho, deberán ser graduados antes que la dote confesada; pues en estos casos el derecho comun y general es mas poderoso que el especial, y por lo mismo si la confesion dotal que precede al matrimonio es anterior á la de los créditos referidos, será preferida la dote; mas no, habiéndose hecho despues de casada, porque en este caso se presume que el marido la hizo con ánimo de beneficiar á su muger, y perjudicar á sus acreedores quirografarios anteriores (1).

48. Conclusion sexta. A los acreedores hipotecarios anteriores, no daña la confesion de haber recibido la dote hecha por el marido constante el matrimonio, sin haber precedido promesa, porque tiene contra sí la presuncion de haberla hecho por defraudarlos; y si son posteriores, les compete la excepcion de dote no entregada dentro de los tiempos prefinidos para oponerla, á fin de impedir que su viuda obtenga la prelacion. Pero hay dos opiniones acerca de si pasados estos les perjudicará ó no al modo que á los herederos; y para no dar lugar á la objecion de morosidad que se quiera hacer á los acreedores que contrajeron con el marido antes de espirar, el de poner la excepcion de dote no entregada (pues á los posteriores á este tiempo no aprovecha, porque ya adquirió derecho perfecto la muger), y la de si sabian ó no que la dote era confesada; conviene que pidan restitucion del lapso del tiempo por la clausula general; *si pareiere haber alguna causa justa*, con cuya concesion será la objecion inútil: lo cual se entiende aunque el marido haya renunciado la excepcion del dinero no entregado, porque no pende de su arbitrio, ni tiene facultad para causar perjuicio á sus acreedores, y privarles de su derecho (2).

(1) Bersan, alli, num. 34 al 36.

(2) Covarr. lib. 1. Par. cap. 7. num. 6.

49. **Conclusion séptima.** Cuando por la calidad de los cónyuges y otras circunstancias es verosímil la confesion del marido, prueba concluyentemente la entrega de la dote á efecto de repetirla en perjuicio de sus acreedores, á quienes no compete en este caso la excepcion del dinero no entregado. Son congeturas á favor de la confesion de la dote, la promesa que precedió á ella: la prueba de la solucion de algunas partidas expresadas en la misma confesion, aunque no se diga que se hizo por causa de la dote, pues debe presumirse, una vez que no se especifica otra: el constar haberse pagado parte de la dote confesada, pues se presume que lo está en el todo (1): el ser la dote correspondiente á las personas, caudal &c. y otras que traen los autores.

50. **Conclusion octava.** Hallándose en la herencia del marido algunos bienes raices dotales no pueden los acreedores impugnar la confesion en cuanto á ellos, aun cuando en esta se hallen apreciados, porque no obstante su aprecio tiene lugar la presuncion de verdadera entrega, á causa de que en los bienes inmuebles no es tan fácil cometer fraude, como en los muebles; por lo que su viuda gozará de todos los privilegios dotales acerca de su restitution contra los acreedores de su difunto marido (2)

51. **Conclusion nona.** Cuando el marido hace la confesion durante el matrimonio con ánimo de donar á su muger lo contenido en el instrumento, sea graciosamente, sea por remunerar la disparidad que media entre los dos, aunque en estos casos perjudica á sus herederos, si la donacion se confirma con su muerte, como se expuso en el párrafo 37; no á sus acreedores porque como no recibe vigor hasta que fallece, estaban obligados á ellos los bienes de su marido antes que se constituyese irrevocable, y asi es lo mismo que si la hiciera en disposicion última (3).

52. **Conclusion décima.** La confesion de haber recibido la dote que el marido hace á favor del padre ó pariente de su muger, tampoco daña á sus acreedores á menos que por congeturas pueda reputarse verdadera; pero si se hizo á favor del prometedor extraño, les perjudicará, porque no hay para sospechar fraude el motivo que en el caso anterior (4).

53. **Conclusion undécima.** Si el marido tenia compañía con

(1) Covarr. en el lugar citado, num. 6 al fin.

(2) Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 3. num. 17.

(3) Bersan. dicha quest. 26. num. 63.

(4) Covarr. cap. 7. num. 6. Bersan. allí, num. 64 y 65.

algunos, y habiendo fallecido intenta su viuda repetir de ellos su dote que aquel cenfeso durante la sociedad haber recibido, no les perjudicará esta confesion, aunque si tratase de colocar y hacer dotacion á una hija del difunto, estuviesen obligados los socios á dotarla del fondo comun de la sociedad (1).

54. Habiendo vivido la muger con su marido en compañía de su suegro, se duda cuando podrá usar de su accion por la restitucion de su dote contra los bienes de este, ó los de aquel solamente, ó á un tiempo contra los de ambos; y para su inteligencia se distinguen ocho casos. El primero es, cuando el marido recibió la dote por mandato y con voluntad expresa de su padre, y entonces los bienes de este son responsables á su restitucion, lo cual no podrá decirse, si aunque el padre hubiese consentido en el matrimonio, no se mezcló en la recepcion de la dote. El segundo es, cuando el padre no solo asintió al matrimonio, sino tambien á que su hijo recibiese la dote, pues es indudable que sus bienes estan obligados á su nuera por la restitucion de aquella, porque se presume que la dote llegó á manos del padre, y este la administró, excepto que por su edad, enfermedad ú otro motivo estuviese imposibilitado de administrarla, y cuidase de todos los negocios su hijo. El tercero es, cuando el padre y su hijo recibieron la dote obligándose á su devolucion, en cuyo caso ambos deberán responder á prorata de lo que cada uno percibió. El cuarto es, cuando sin embargo de no haber precedido mandato ni consentimiento del padre para que su hijo recibiese la dote, se prueba que se convirtió en utilidad del mismo padre; pues entonces debe repetir contra este y no contra los bienes de su marido. El quinto es, cuando la dote se entregó al padre estando presente su hijo, en cuyo caso tienen accion contra aquel, porque la presencia de este no induce consentimiento en lo perjudicial, excepto que hubiese heredado á su padre, ó que se obligase antes de contraer con los acreedores á responder de ella á su muger. El sexto es, cuando el suegro recibió la dote en nombre de su hijo, y entonces no podrá reconvenirle su nuera, especialmente si protestó que no queria quedar obligado, y asi deberá dirigir su accion contra su marido; mas si la recibió en su propio nombre y en el de su hijo, son responsables ambos por mitad. El séptimo, cuando el padre despues de haber recibido la dote la entregó á su hijo que

(1) Bersan. cap. 2. y quæst. 26 citada, num. 39.

se separó de su compañía, y se fué á vivir con su muger; en cuyo caso, aunque parece que por su entrega solo queda obligado el hijo, lo quedará tambien el padre, á menos que conste que su nuera se conformó con que la entregase á su marido, y diese por libre de su solucion al suegro, porque como este por el recibo se constituyó deudor de ella, no le puede dañar lo que sin su expresa anuencia practicaron los dos. Y el octavo caso es, cuando la dote no consiste en dinero, sino en bienes raices ó muebles que existen al tiempo de disolverse el matrimonio; y entonces, háyase entregado al padre ó á su hijo, puede exigirla de cualquiera de los dos á su arbitrio; pues contra el suegro que se condujo dolosamente con la dote de su nuera, compete á este la accion de pedir *in solidum* sobre su restitution (1).

55. Sobre cuando podrá ó no la viuda reivindicar de los terceros poseedores las fincas dotales que su marido enagenó, se debe distinguir. Si se entregaron á este sin apreciarse, es constante que puede reivindicarlas de ellos, como tambien los bienes muebles no estimados, siempre que existan, porque el dominio permanece en ella; bien que la viuda, si quiere, puede repetir el precio de la venta de sus bienes raices de los herederos de su marido, y no meterse con el comprador ó tercero poseedor, porque el precio sucede en el lugar de la cosa. Mas por los muebles debe hacer excusion en los de su marido antes de reconvenir á los terceros poseedores, porque contra estos se le concede subsidiariamente la accion, y no la eleccion como en los inmuebles (2).

56. Si la dote fué estimada con estimacion que causó venta, como su dominio se transfirió al marido habiéndose obligado solamente á la restitution del precio, no podrá la viuda revocar la enagenacion, por ser hecha legítimamente, á menos que al tiempo de la constitucion de la dote se pactase que su marido habia de restituir los bienes; en cuyo caso así como este debe hacer la restitution, sin que pueda eximirse de ello por ofrecer su valor, así tambien su viuda podrá perseguir directamente los bienes, téngalos el marido ú otro cualquiera; y lo mismo podrá hacer cuando la estimacion no causó venta entre ella y su marido (3).

57. Y si al tiempo de la disolucion del matrimonio no hubie-

(1) Bersan, cap. 19, num. 32.

(2) Fontanel, de pat. claus. 7. los. y

part. num. 14.

(3) Bersan, quest. 14, num. 6 y 7.

re bienes del marido con que reintegrar á su muger de su dote, le compete la accion de reivindicacion util y subsidiaria para recuperar las cosas dotales que existan, aunque hubiesen sido estimadas, y las tenga un tercero por contrato oneroso ó lucrativo celebrado con su marido; mas para que sea oida en este caso, debe repetir primero contra los herederos de su marido, y hacer excusion en los bienes de este, porque esta accion no es hipotecaria, sino meramente subsidiaria, introducida especialmente á favor de la dote, para que la muger no quede indotada; bien que en dicho caso el tercero poseedor de las cosas dotales puede á su eleccion devolver estas ó entregar su estimacion, cuyo derecho tenia su autor. Y si en el contrato dotal se concediere al marido la eleccion de volver los bienes dotales ó su estimacion, volverá lo que mas le acomode, con lo que deberá contentarse su muger. Y es de advertir, que la solemnidad que se requiere en la enagenacion de los bienes raices de menor para que valga, es precisa en la entrega que se hace al marido de los dotales estimados para que cause venta su estimacion, y por consiguiente, siendo raices, debe intervenir no solo la autoridad de su tutor ó curador, sino tambien decreto del juez (1).

58. Pero si la muger interviniere y consintiere en la enagenacion de sus fincas dotales estimadas que hizo su marido, no podrá reivindicarlas de los terceros poseedores, excepto que aquel no tenga caudal con que reintegrarla de su valor: ni tampoco podrá, cuando ella misma consintió en que su marido las enagenase como suyas, aunque este nada tenga con que reintegrarla, porque en pena del dolo que cometió en coadyuvar á engañar al comprador, ninguna accion reivindicatoria le compete, ni puede usar del auxilio legal (2).

59. Asi como para poder repetir qualquiera acreedor contra el tercero poseedor de los bienes enagenados de su deudor, debe hacer previa excusion en los de este, asi tambien la muger debe hacerla en los de su marido para demandar por su dote al poseedor de los que este tenia suyos, y enagenó en perjuicio de ella, por estar obligados generalmente á la responsabilidad de la dote, pues no está exceptuada ni goza de privilegio en este caso: lo cual tiene lugar, aunque en la enagenacion haya obligado el marido á la restitution de la dote las fincas que posee el tercero. Pero se limita, lo primero, cuan-

(1) Covarr. *Pract.* quest. 28. num. 10.

Cancer. *Vr.* lib. 1, cap. 9. num. 23.

*Consult.* Vellejan. Bersan. *alli.* num. 17

al 19.

(2) *Ley Sins voluntate, Cod. ad Senatuz*

do por favor de ella ó de otro poseedor se puso en la enagenacion la cláusula de constituto, porque el efecto de esta es hacer que el poseedor los tenga en nombre del acreedor, y así no se le trasfiere su dominio: y lo segundo, cuando es notorio que está insolvente el marido, pues entonces es inútil hacer excusion (1).

60. Contra la muger no corre el término ni prescripcion, constante su matrimonio, aunque dure treinta, cuarenta ó mas años, para repetir de los terceros poseedores las fincas dotales que enagenó su marido, porque mientras permanece casada, está impedida de usar de su derecho; mas si cuando el marido empieza á decaer de fortuna, no procura asegurar su dote, le perjudicará su omision. Además, cuando la prescripcion empezó antes de contraerse el matrimonio en el tercero poseedor de las cosas dotales, se completa durante este, y perjudica á la muger, aunque el peligro de la prescripcion toca en este caso al marido, porque con su negligencia dió lugar á ella (2).

61. Como en los bienes parafernales milita diversa razon, no tendrá lugar lo que se ha dicho de los dotales, y así por no estar impedida la muger de usar de su derecho durante su matrimonio, es justo sufra la prescripcion desde el dia en que su marido los enagenó; pues aunque para intentar la recuperacion necesita la licencia de este, si no quiere dársela, puede acudir al juez de su domicilio á que se la conceda (3).

62. Cuando la dote que prometió al marido el padre de su muger ú otro, no se le paga enteramente, y el marido la ofreció por via de aumento ó en arras cierta cantidad, no tendrá aquella siendo viuda, generalmente hablando, derecho para exigir el aumento ofrecido de los herederos de su marido, sino á prorata de la dote entregada; pero podrá repetir del prometedo el exceso que por su culpa ó negligencia en no haberse-la pagado enteramente deje de percibir (4).

63. Si el marido le hizo simplemente la promesa, páguesele ó no la dote, ó aunque ninguna tragese, no deben sus herederos denegarle la solucion del aumento. Si le ofreció el aumento, no en atencion á la dote, sino á su virginidad, nobleza, juventud y hermosura, ó por otras causas remuneratorias que expresó, como regularmente suele hacerse, tiene derecho á él aunque la dote no se le pagase (5).

(1) Ley *Quod meo*, §. R. de *adquir. rer. possess.*, Bersan. cap. 2. quæst. 24. num. 9.

(2) Bersan. *ibi*, num. 7 y 8.

(3) Ley *Aut leg.* Cod. de *fact. convent.*

Bersan. *ibi*, num. 10.

(4) Bersan. cap. 2. quæst. 33. num. 6.

(5) Bersan. de *viduis*, cap. 2. quæst. 33. num. 18. 22 y 23.



64. Si la falta de paga de la dote dependió del marido por haber concedido término al prometedor y fallecido antes que este cumplierse con su entrega tiene derecho su muger al aumento ofrecido: mas si sobrevivió al término concedido y practicó cuantas diligencias estuvieron de su parte para exigir la dote, no se le debe compeler á dicha satisfaccion. Si el matrimonio no se consumó por impotencia de la muger, no tiene derecho al aumento, y si fué por la del marido, y no estaba pagada la dote, tampoco se le debe, pero si lo estaba, sí (1).

65. En los casos en que, segun se ha dicho surte la mera confesion del marido de haber recibido la dote el efecto de que se tenga por verdadera su solucion, tendrá derecho la muger al aumento ofrecido, del mismo modo que si efectivamente constara su entrega (2).

66. Por las cosas que el novio da á su futura esposa antes de casarse, si esta las incorpora en el contrato dotal, en cuyo caso, como se confunden con los demas bienes suyos, se hacen dotales, al modo que las que le da otra cualquiera persona; goza del privilegio de prelacion desde el dia de su matrimonio, por ser todas verdadera dote; y por aquello en que promete aumentar la dote de lo que mientras está casada herede ó le donen solo por sus respetos, si el esposo se obliga en la escritura nupcial á tenerlo por dote, y luego constare su recibo durante su matrimonio; gozará tambien del mismo privilegio desde el dia en que entre en su poder, como se expuso en el párrafo 10, capítulo 2. del título anterior. La razon de diferencia consiste en que esta es dote verdadera y efectiva al tiempo de su constitucion, y aunque solo se prometa, se sabe cuanta es, y el prometedor puede ser compelido á su entrega, por lo que desde el dia del casamiento debe gozar del privilegio de prelacion; mas la aumentada pende de la condicion de que haya herencia, donacion ó legado, y como hasta que llega este caso, no consta el cuanto, ni si se verificará ó no, ni de consiguiente puede ser apremiado ninguno á su entrega, no debe gozar de dicho privilegio, no obstante que la obligacion de responder de ello, y tenerlo por aumento de dote, se constituya en los pactos nupciales, porque aquella sigue la naturaleza del contrato en que se hace, y por ser condicional no debe empezar á tener vigor ni efecto hasta que la condicion se purifica. Y por la simple dona-

(1) Cancr. part. 1. *Var.* cap. 9. num. 150. Bersan. *ibi*, num. 24.

(2) Bersan. *ibi*, num. 8 y 9.

cion por casamiento que antiguamente se hacia; en cuyo lugar se han subrogado hoy en España las arras que el esposo ofrece á la esposa por sus recomendables prendas: y por lo que el marido le ofrece por aumento de dote, aunque le compete hipoteca tácita, no el privilegio de prelacion, porque en los dos casos anteriores trata de evitar el daño que se le causa en perder y no cobrar lo que es de su patrimonio, y en estos de adquirir el lucro que por la oferta puede tener (1). Tampoco obtendrá el privilegio de prelacion por los alimentos que se le deban por retardacion de la entrega ó restitution de su dote, ni por los bienes parafernales que su marido administró, ni por lo que se le debe por haberla desflorado (que llaman precio de sangre), y solo le competirá hipoteca tácita contra los del corruptor; y asi concurriendo con otro acreedor de él, ó de su marido que la tenga, será preferido el primero en tiempo. Mas por las usuras ó intereses de la dote prometida y no pagada, le corresponderá la prelacion contra el prometedor, si se han pactado, porque son conexos á ella, y se le deben por la naturaleza del contrato. Si no se han pactado, aunque discuerdan los autores, los mas siguen la afirmativa, fundados en que la dote y sus usuras tienen tal connexion entre sí que constituyen un débito, y en que estas aumentan la suerte principal, que es la misma dote.

67. Dúdase si ocultando la muger algunos bienes de su dote ó de su marido concursante, ó que va empobreciendo, y pretendiendo que de los manifestados se le haga pago de ella con preferencia á los demas acreedores, perderá el privilegio de prelacion que el derecho le concede, y podrá ó no ser encarcelada. Cuando la muger no se obligó en los contratos de su marido, parece que debe ser presa y perder el privilegio: lo primero, porque está obligada á manifestar los bienes de su marido difunto; y si oculta algunos de la herencia, comete delito, por el que se la puede encarcelar hasta que exhiba los que se pruebe haber sustraído, á fin de que se valúen y apliquen en parte de pago de su dote, ó para los demas acreedores; como tambien castigar con pena extraordinaria á arbitrio del juez, atendidas su calidad y la de la causa, pues el noble pierde igualmente el privilegio, y puede ser preso; y lo segundo, porque el hijo que oculta dolosamente algo de la herencia, pierde el beneficio de su repudiacion, y se estima haberla aceptado; y el concursante que

(1) Ley 29. tit. 13. Part. 5. verb. *Facias eade*, y en ella Greg. Lop. glos. 2.

oculta los que tiene, pierde el de la cesion (1). Mas sin embargo de estas razones debe decirse lo contrario, y asi será preferida la muger á los demas acreedores por el residuo de su dote que no haya sustraído ni tomado; ya porque de que la muger cometa delito que es puramente personal, y se le castigue por él, no se deduce que debe perder el privilegio de prelacion que es real, y está concedido á la dote por el bien público, ni influye nada en esto; y ya porque aunque el hijo se haga indigno del auxilio de la repudiacion, no se priva á aquel de la herencia (2), ni el que el noble pierda el privilegio (\*) de no poder ser preso, es adaptable al presente caso, porque es deudor, y no se puede castigar con otra pena; pero la muger nada debe á los acreedores de su marido, ni sus bienes dotales están obligados á ellos, por lo que ninguna otra pena merece que la personal hasta que manifieste los bienes sustraídos, ni las leyes se la imponen ni privan del privilegio de prelacion. Asi lo decidió en el año de 1780 la Real junta de comercio en el pleito que siguió Doña Catalina Javierra de Aguilar, viuda de D. Blás Caballero, con los acreedores de la compañía de la Zarza y con el señor fiscal, sobre preferencia de su dote, y Bolero expresa haberlo determinado tambien el supremo Consejo de Castilla, juntas dos salas. Pero si la muger estuviere obligada en el contrato, deberá estar presa hasta que pague, y no gozará del privilegio (\*\*\*) de no poder serlo por deuda civil.

68. En concurrencia de dos dotes legítimas, verdaderas y entregadas, debe ser preferida la primera como anterior en tiempo; pero esto se limita en los bienes dotales de la segunda que existen y son conocidos; pues aunque se hayan entregado apreciados al marido, como ambas dotes gozan de igual privilegio, y son de una misma naturaleza, y los de la segunda muger no perdieron la de dotales por el aprecio ó valuacion, ni esta trata de adquirir de nuevo su dominio sino de recuperarle, es preferida en ellos á la primera (3).

69. Por los bienes extradotales de cualquiera clase prove-

(1) Ley 4, tit. 15. Part. 5.

(2) Ley 9. tit. 6. Part. 6. y ley 6 del mismo tit. y Part.

(\*) Ya no es privilegio en el noble el no poder ser preso por deuda civil, puesto que segun la pragmática de 27 de mayo de 1786 tampoco pueden serlo cuantos profe-

sen algun arte ú oficio. *Febrero reformado.*

(\*\*) Téngase aqui por repetida la nota anterior.

(3) Ley 33. tit. 13. Part. 5. verb. *Pero si un home.*

nientes de la madre y entregados al padre, compete á los hijos hipoteca tácita contra los de este, mas no el privilegio de prelacion, por lo que no serán preferidos á la dote segunda (1); y para que lo sean, y no se les perjudique en el importe de dichos bienes, conviene que el padre antes que reciba la dote de la segunda muger y se case, formalice escritura de inventario, con especificacion de ellos, á presencia de escribano y testigos, obligándose con su persona, y los suyos presentes y futuros á restituírseles, ó su valor, y darles cuenta con pago cuando salgan de su poder, como ya se ha dicho, hipotecando especialmente á su seguridad bienes raices equivalentes y saneados. De esta suerte se les preferirá á la dote segunda por la hipoteca general ó especial expresa, la cual es preferida siendo anterior á la posterior con privilegio de prelacion. Lo mismo procede por la propia razon por la mitad de gananciales que le tacaron, y el padre debe entregar á sus hijos, y por los bienes reservables.

70. En cuanto á la graduacion de los demas acreedores, fuera de la iglesia, dote y fisco, se limita la regla general sentada en el párrafo 1.º, en los casos siguientes. El primero es, cuando el acreedor posterior entrega algunos bienes suyos al deudor en comodato, ó en otra cualquiera manera en que no se le trasfiere el dominio de ellos, pues como son suyos y no del deudor, le compete la accion de dominio para la reivindicacion, y así será preferido á todos los demas anteriores, por privilegiados que sean (2). Lo mismo será en su precio, si el deudor los enagena, y quiere pasar por la enagenacion que este hizo (3).

71. El segundo caso es respectivo á la cosa vendida y no pagada, pues si el vendedor no la fió, ni el comprador le dió prenda ni fiador, ni tomó plazo para satisfacerla, y solo por accidente se suspendió el pago, aunque le haya dado su posesion el vendedor, será preferido en ella por el precio no satisfecho á todos los acreedores del comprador, á causa de que con el apoderamiento y tradicion no se le transfirió su dominio, por no haberla pagado ni convenídose el vendedor en esperarle ó fiarle; pero si la dió fiada y entregó, no lo será, porque con la entrega se le traspasó; lo cual se entiende aunque sea de menor, porque solo al fisco está concedido este privilegio, como se ha expuesto (4).

72. Y para que el comprador no adquiriera su dominio, aunque

(1) Leyes 23, 24 y 33. tit. 13. Part. 5.ª

(3) Ley 7. tit. 10. Part. 3.

(2) Leyes 3. tit. 27. Part. 3. y 11 al fin. tit. 13. Part. 5.

(4) Ley 4.ª. tit. 28. Part. 3.

sea despues de la tradicion ó posesion, debe prevenirse en la venta: „que hasta que pague el precio no se le ha de trasferir el de la cosa vendida, sino antes bien ser visto que la tiene en arrendamiento por tanto precio anual que le satisfaga, ó que es poseedor precario de ella:” hipotecándola especialmente á su responsabilidad, pues no basta la obligacion general de sus bienes. De esta suerte, como el dominio queda en el vendedor, será preferido á todos los acreedores hipotecarios anteriores á él, aunque sean la dote y fisco (1), porque el dominio ó posesion se pueden trasferir condicionalmente, y el pacto de que satisfaga en el ínterin cierto precio justo por via de arrendamiento, no es usurario, y asi se puede poner en la venta, sin que por ello incurran en pena los contrayentes ni el escribano.

73. En quanto á la iglesia, fisco, menores, comunidades y república, como tienen la prelacion de dominio, aunque sea despues de la tradicion ó posesion, porque no pueden vender al fiado; de ningun modo ni en caso alguno se trasfiere en el comprador hasta que les satisfaga el precio de la cosa que le vendieron. Pero respecto ser opinable esta prelacion, excepto en el fisco, lo mas seguro es hacer la venta con el pacto expuesto en el párrafo anterior, con el que cesan las dudas y disputas.

74. El tercer caso es, cuando el acreedor prestó dinero sin interés al deudor para comprar alguna cosa que compró en efecto, y al tiempo del préstamo, y en la escritura de este se pactó expresamente que la misma cosa había de quedar y quedaba hipotecada especialmente á la responsabilidad del dinero prestado, pues entonces será preferido igualmente en ella á los demas hipotecarios anteriores, y si no se hizo el pacto, tendrá solamente accion personal privilegiada (2). Lo propio milita en el que dió el dinero para comprar algun oficio, si se hizo el mismo pacto, porque hay la misma razon.

75. El cuarto caso es, cuando prestó graciosamente el deudor alguna cantidad para reedificar casa ú otro edificio, ó reparar algun buque, ó pagar el alquiler de aquella en que se halla la cosa hipotecada, trasportarla ó para otro beneficio de los expresados en el párrafo 28; pues acreditando (porque no basta la mera confesion del deudor) haberla prestado para este efecto sin interés, convirtiéndose en él, y ser necesario, y existiendo la cosa beneficiada, será preferido en ella como refec-

(1) Ley 30 tit. 13. Part. 5. verb. *Otrosí* decimos.

(2) Dicha ley 30. tit. 13. Part. 5.

cionario á los demas acreedores hipotecarios anteriores que no lo sean, excepto al fisco, dote y arras dadas á la muger por aumento de su dote (1), como se sentó en dicho párrafo. Pero se ha de tener presente que si concurren varios refeccionarios de la finca ó cosa, solicitando cada uno prelación en ella por su crédito, se han de graduar y pagar por el órden inverso ó contrario á los demas créditos; quiero decir, que el último que la benefició es el primero que debe ser pagado, porque la conservó, y así retrocediendo á los anteriores por su órden; pues en estas deudas privilegiadas no se considera el tiempo sino la causa, y la de este privilegio es la conservacion, sin la cual no existiera la finca, ó hubiera padecido ruina ó considerable detrimento.

76. El quinto caso es cuando entre los acreedores hay uno que arrendó al deudor alguna finca, pues por lo que el arrendatario esté debiendo de su arriendo, será preferido á los demas anteriores (2), si es heredad, en sus frutos por la hipoteca tácita, y si es casa, en los bienes que están en ella, en los cuales le compete la misma hipoteca, porque la ocuparon, devengaron su alquiler, y allí se conservaron; como tambien porque la habitacion es parte de alimentos, y estos son preferidos, segun se dirá en el párrafo 88. Mas la hipoteca y prelación que se adquiere por la reconduccion tácita no obra sus efectos desde el dia del primer contrato ó arriendo, sino desde el de la reconduccion, en que interviene el consentimiento tácito de los contratantes, y la perseverancia del contrato primero en la cosa arrendada, por lo que concurriendo el arrendatario con los acreedores que contrajeron con el arrendador despues del arrendamiento primero y antes del tácito, ha de ser postergado ó pospuesto á ellos por su reconduccion, excepto que la escritura de arriendo contenga la cláusala estendida al fin del párrafo 36, capítulo 2 del título anterior, pues conteniéndola no habrá diferencia entre el arrendamiento y tácita reconduccion.

77. El sexto caso es, cuando con los acreedores hipotecarios concurre el que ha dado finca en enfiteusis al deudor; pues como al tiempo de su constitucion se reservó su dominio directo, tendrá preferencia en ella á los demas por el capital, laudemio y réditos. Lo propio milita en el que da alguna cosa á censo reservativo al quitar, porque en la práctica se estima tenerla; bien

(1) Leyes 26 al fin, 28 y 29. tit. 13. Part. 5.

(2) Ley 6. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

que Carleval es de contrario sentir por varias razones que expone (1).

78. Cuando el censuario de censo vitalicio personal forma concurso de acreedores, y el censualista ó alimentario ocurre á él pretendiendo su pensión anual, puede el juez hacerle pago, así de la vencida hasta entonces, como de las que corran en lo sucesivo, valiéndose de alguno de tres medios. El primero es, mandar se entreguen á otros acreedores de grado inferior bienes raíces suficientes tasados, con la obligación de pagar al censualista mientras viva los réditos anuales estipulados, y que despues queden libres del gravamen los bienes para los acreedores de mejor grado despues del censualista, por cuyo medio estos solamente padecen el retraso en el pago de sus créditos, y no los pierden. El segundo es, que precedida audiencia formal de los acreedores que comparecieron en el concurso, se pague al censualista lo que se estime por el valor del censo, atendiéndose el tiempo corrido desde su constitucion, el estado de su salud y qué podrá vivir, lo cual se deja al prudente arbitrio del juez, quien si las partes se convinieren, y no de otra suerte, en el precio y estimacion cierta, debe aprobar su convenio. Y el tercer medio que me parece mejor, es que se consigne al censualista cosa cierta fructífera tasada en lo justo por via de prenda, y no en pago de su censo, para que durante su vida perciba sus frutos por réditos de este, vuelva despues de esta al crudal del concurso, y se aplique ella ó su valor al acreedor de mejor grado; siendo de advertir que respecto ser regular que al tiempo de la constitucion del censo hubiese hipotecado especialmente el censuario bienes ó fincas determinadas, cuyo producto líquido cubra la pensión anual, y que con ella se haya contentado el censualista, se le pueden consignar para el pago de esta, con obligación de volver el sobrante, lo cual se, entiende no hallándose en peor estado que cuando se hipotecaron (2).

79. El séptimo caso es, cuando el deudor huye con sus bienes, y el acreedor le sigue y prende, sea por sí solo si no encuentra juez, ó con autoridad de este, habiéndole; pues en los aprendidos es preferido á los demas iguales en la hipoteca y privilegio, aun cuando nada les quede que percibir, porque á no ser por su vigilancia no habria para nadie; pero no debe ha-

(1) Carlev, tit. 3. disp. 28. num. 22 y 23.

(2) Salg. part. 1. *Labyr*, cap. 20. num. 25 y sig.

cerse pago de propia autoridad, sino poner los bienes á disposi-  
cion del juez para que de su valor se le haga (1).

80. El octavo caso es, cuando el acreedor dió en fiado al deudor algunas mercaderías ó efectos, y este las recibió con ánimo de huir y quebrar; pues por este dolo son habidas por no fiadas, queda su dominio en el vendedor, y como dueño de ellas ninguno de los otros acreedores le debe disputar la prelacion. Para que se tenga por hecha esta compra con intencion de ausentarse y quebrar, debe probarlo el vendedor por algunos á quienes el comprador lo haya dicho, ó ha de hacerse la fuga ó quiebra tres dias despues de la compra, y si pasaren mas, estará en el prudente arbitrio del juez el estimarla ó no por tal. Pero si el acreedor fuere iglesia, fisco, república, comunidad ó menor, tendrá preferencia en ellos si existen, aunque hayan pasado mas de los tres dias desde su recibo hasta la fuga ó quiebra, por no haberse trasferido el dominio, como se expuso en el párrafo 74 (2).

81. El nono caso es, cuando su crédito proviene de depósito, y por instrumento ante escribano y testigos acredita haberle hecho en el deudor, pues no basta la mera confesion de este para perjudicar á los demas que son acreedores por otra causa, ni el depósito confesado goza del privilegio del entregado; para cuya inteligencia deben suponerse dos casos. El primero es, cuando concurren muchos acreedores por razon de varios depósitos verdaderos de dinero hechos en el deudor, á presencia de escribano y testigos en diversos tiempos, y convienen entre sí acerca de la prelacion; y entonces todos deben ser satisfechos á prorata, no obstante que unos sean mas antiguos que otros; porque todos son personales é igualmente privilegiados, en los cuales y en los quirografarios que son mero personales, no se atiende á la antigüedad y orden del tiempo, ni por razon de este se prefiere uno á otro en su respectiva clase, sino que todos concurren en un grado al percibo á proporcion de su crédito por la igualdad en el privilegio (3), pues el privilegiado no goza de este, regularmente hablando, contra el que igualmente lo es; lo cual milita aunque el dinero esté depositado en banco público (4).

82. El caso segundo es, cuando entre acreedores de diversas clases y por distintas causas concurren uno ó mas pretendiendo

(1) Ley 10 tit. 15. Part. 5. Greg. Lop. en ella, glos. 2. Cur. Filip. lib. 2. Comerc. terrestr. cap. 12. num. fin.

(2) Gom. lib. 2. Var. cap. 2, num. 3. Salg.

Labyr cap. 24. num. 21.

(3) Ley 11. tit. 14. Part. 5.

(4) Gutierr. lib. 3. Pract. quest. 101. num. 15.



sus depósitos verdaderos que hicieron en el deudor particular ó en banco público; y entonces si el depósito es regular y existe la cosa depositada debe ser preferido en ella el acreedor como dueño á todos los personales privilegiados é hipotecarios anteriores de cualquiera clase que sean (1); pero si la cosa no existe será preferido solamente á los personales privilegiados y no á los hipotecarios, porque no le corresponde la accion de reivindicacion ó dominio sino la de depósito que como personal siempre es menos atendible que la hipotecaria (2). Llámase depósito regular el de alguna cosa que no consiste en número, peso ni medida, ó si es dinero, está metido en bolsa, saco ó en otra cosa cerrada ó sellada que se entrega al depositario, no para que la use, sino para que la custodie; por lo que tiene obligacion de restituir la misma cosa y no otra, el mismo dinero y las propias monedas, y no otras por ellas, aunque sean de igual valor, calidad y bondad; y asi no debe faltar á la confianza, ni por consiguiente usar de la cosa ni del dinero, pena de incurrir en la de hurto (3), y otras expresadas en el capítulo 21, título 4, libro 2, párrafo 8, porque no se le trasfieren su dominio ni uso, y antes bien lo retiene su dueño. Y es de notar que este debe pagar al depositario las expensas que hizo en utilidad de la cosa depositada, aunque no se debe retener con dicho motivo (4).

83. Y si el depósito es *irregular*, será preferido el acreedor á todos los quirografarios del deudor, y tambien á los privilegiados anteriores, excepto la iglesia, fisco, dote, república, refeccionario, al que procede por accion funeraria, y á los hipotecarios especiales ó generales posteriores; y asi se graduará despues de estos siete (5), porque le compete solamente la accion de depósito, que aunque privilegiada es personal (6). Se llama depósito *irregular* ó impropio el que se hace de dinero ó de cosas que consisten en número, peso ó medida, como trigo, vino, aceite &c. y no se entregan al depositario cerradas, selladas ni con otras señales que acreditan ser las mismas, pues no se le prohíbe su uso, y solo constituye obligacion de restituirlas, ú otras de igual especie, calidad y bondad, en peso, medida y número, por lo que el dueño no conserva su dominio, y antes bien pasa al depositario, quien puede utilizar con ellas y utilizarse del

(1) Ley 9 al fin tit. 2. Part. 5.

(2) Ley 9 cit.

(3) Ley 12. tit. 10. Part. 7.

(4) Ley fin. tit. 3. Part. 5. Véase el

cap. 21. tit. 4. lib. 2. §. 4. y su nota.

(5) Leyes 9. tit. 3, y 11 al fin, y 12. tit. 14. Part. 5.

(6) L y 9. tit. 3. Part. 5.

lucro que reditúen: y si perecen por caso fortuito, es de su cuenta, y no de la del depositador aunque lo contrario sucede en el depósito regular, no cometiendo dolo el depositario. Pero es de advertir, que si el exactor ó administrador de la Real Hacienda, depositare en su nombre, y no en el del fisco, el dinero tocante á este en persona privada ó banco público, y estos quebraren, será preferido el fisco por especial privilegio á los demas acreedores quirografarios, aunque sean anteriores en tiempo (1).

84. No gozará del privilegio de prelacion que por la accion de depósito le concede el derecho, ni por consiguiente será preferido á los demas acreedores personales el de depósito irregular si recibió intereses del depositario, porque por este hecho es visto haberle renunciado, excepto que sea pupilo ú otra persona que no tenga la libre administracion de sus bienes, pues á esta se permite llevarlos por razon de alimentos (2).

85. El décimo caso es, cuando el acreedor hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun para su conservacion, exaccion, recuperacion ó recoleccion de ellos ó de sus frutos; y asi dichos gastos deben deducirse antes que todo, y de consiguiente ha de ser preferido el que los hizo á todos los demas acreedores, porque solo el sobrante se reputa hacienda ó patrimonio del deudor, con el cual ha de satisfacerse á sus acreedores (3).

86. El undécimo caso es, cuando el acreedor es juez, magistrado, abogado, escribano ú otro de los que emplean su estudio ó trabajo en la defensa de los bienes del deudor comun, ó enseñan publicamente alguna ciencia, pues gozan de la misma hipoteca privilegiada, en consideracion á que del estudio y enseñanza depende el buen gobierno del estado, y asi serán preferidos á los hipotecarios anteriores; bien que con la distincion de que en la cosa que motivó su estudio y trabajo, tienen prelacion á los de hipoteca tácita y expresa, y en los demas bienes del deudor la tienen solamente á los de tácita (4).

87. El duodécimo caso es, cuando el acreedor suministró al deudor comun los alimentos necesarios para su conservacion, en los cuales se incluyen los de los criados precisos para su honesta y moreda servidumbre, sus salarios y los alquileres de la casa en que vive, pues todos son preferidos á los demas hipotecarios.

(1) *Non intelligitur*, §. *Multa*, ff. *de jur. fisci*.

(2) *Castill. lib. 3, Contraves. cap. 16. num. 67. y 78.*

(3) *Carlev. tit. 3. disp. 29. num. 5. y 32. num. 1.*

(4) *Carlev. ibi, disp. 32. num. fin.*

tecarios del deudor aunque tengan hipoteca especial, y sean anteriores; y si los criados litigan entre sí sobre prelación, se han de proratear sus créditos, como de personas que forman un cuerpo ó comunidad, sin atender á la antigüedad de su servicio ni á sus cualidades, sino á lo que se debe á cada uno, al caudal de su amo, y á que les compete igual privilegio (1),

88. El décimotercio es, cuando se deben por derecho los alimentos al acreedor, por habérselo legado el testador; en cuyo caso compete al alimentario acción personal é hipotecaria por los consignados sobre el fundo ó finca que el deudor posee con este gravamen, y lo propio milita en el alimentario del ganado; pero si un tercero á quien estaban señalados en los bienes del deudor comparece en el concurso solicitando se le prefiera á los demás acreedores, no obtendrá la prelación porque es acreedor meramente personal (2).

89. El décimocuarto es, cuando concurren acreedores privados por causa onerosa y lucrativa con hipoteca y constituto ó sin ella; pues sin embargo de que varios autores afirman absolutamente que aun en este caso, quien es primero tiene mejor derecho, los hipotecarios posteriores de la causa onerosa han de preferirse á los anteriores de la lucrativa, porque el derecho antepone los que tratan de evitar su daño, á los que intentan adquirir lucro y nunca es igual su condicion, por lo que el personal posterior por causa onerosa, debe preferirse tambien al anterior por la lucrativa, excepto que este tenga hipoteca ó constituto, porque entonces gozará de la prerogativa del tiempo (3).

90. El décimoquinto caso es, cuando concurren dos acreedores cesionarios pretendiendo el uno en virtud de cesion del deudor, los réditos, tercios ó pensiones del primer año, y el otro con cesion anterior, en la fecha los del año segundo; pues se ha de preferir aquel á este como primero en la hipoteca, porque aunque la cesion sea anterior, no se atiende á la antigüedad de la fecha para la concesion de la preferencia, sino á la de la hipoteca ó del contrato hipotecario, y el que es primero en esta lo es en derecho. Pero si una propia acción ó derecho se cediere á dos en diversos tiempos, será preferido el primer cesionario, y si un mismo débito ó cantidad se cediere parcialmente á dos á un tiempo, y el deudor no pudiese satisfacerla á entrambos, concurrirán á su percibo á prorrata de sus créditos. Y

(1) Rodrig. de concurs. part. 1. art. 3. num. 19.

(2) Castell. de aliment. cap. 66.

(3) Carlev. tit. 3. disp. 36. Bolser. tit. 5. quest. 17. num. 1.

es de tener presente, en primer lugar, que el cedente no está obligado á resarcir ni satisfacer al cesionario los gastos que hizo en el pleito sobre la exaccion del crédito cedido, no obstante el pacto en contrario, cuando aquel se originó sin culpa del cedente, y por mera negligencia del cesionario; y en segundo lugar, que para que el cesionario de algún crédito pueda repetir contra quien se lo cedió, no basta que haga ver que es de difícil exaccion, pues es menester acredite la ejecución en los bienes del deudor hecha con la mayor diligencia para que su autor no experimente perjuicio (1).

91. El décimosexto caso es, cuando la deuda hipotecaria posterior consta por instrumento ante escribano y testigos, en el que da fé de la cantidad ó cosa que se pide, porque á su presencia se efectuó su entrega; ó se califica por otra prueba real y verdadera; y la anterior en fecha, aunque también otorgada por escribano, se acredita solamente por mera confesion del deudor; pues en este caso, el acreedor posterior en tiempo por la cualidad de su instrumento, será graduado primero que el anterior de deuda confesada (2).

92. El décimoséptimo caso es, cuando el fiador pagó por el principal en virtud de la obligacion que contrajo por él; pues no obstante que la paga sea posterior, debe ser preferido con el lasto del acreedor á los que despues de constituida la fianza contrajeron con el deudor, porque al modo que el fiador se obligó al principio al acreedor bajo la condicion de *si no pagare el deudor principal*, del mismo modo se haya este obligado al fiador desde entónces bajo la de *si pagare por él*: de suerte que el fiador es un acreedor condicional respecto de su deudor, la condicion es casual y no potestativa, y así el fiador aunque posterior en el desembolso y satisfaccion, debe obtener la preferencia á los acreedores que en el intermedio de la constitucion de la fianza y pago contrajeron con el deudor comun, si tiene lasto del acreedor (3).

93. El décimooctavo caso es cuando el acreedor hipotecario posterior hace constar su crédito por instrumento público, y el anterior también hipotecario acredita igualmente el suyo por confesion del deudor en instrumento privado escrito, ó á lo menos firmado por este, aunque otro le haya extendido de su

(1) Felic. de cens. tom. 1, lib. 3. cap. 5. num. 2. Olea de cesion. jur. tit. 8. quest. 4. num. 7.

(2) Greg. Lop. en la ley 27. tit. 13.

Part. 5. glos. 1.

(3) Saig. part. 2. Labyr. cap. 21. num. 22. Felic. de cens. tom. 1. lib. y cap. 5. num. 20.

orden; y en caso de faltar el deudor por haber fallecido ó por otro motivo, y de consiguiente su reconocimiento le justifica con declaracion jurada de dos testigos varones presenciales que testifiquen de su certidumbre é hipoteca, y le han suscrito y visto firmar al mismo deudor; pues no obstante que estos lo declaren, será preferido el acreedor de instrumento público aunque posterior (1); porque una cosa es que haga fe y prueba en juicio contra el mismo deudor, aunque no se efectúe el cotejo ó comparacion de su letra mediante la deposicion de los dos testigos, y otra que prefiera al acreedor de instrumento público y le perjudique, lo cual no dice ninguna ley.

94. Sin embargo afirman varios autores, que si los dos testigos depusieron de la verdad del débito é hipoteca, debe ser preferido el acreedor de instrumento privado al segundo del público; y que esto procede, aunque los testigos no estén escritos en aquel, ni le hayan firmado, si depusieren haberle visto hacer, porque la hipoteca expresa se puede constituir y probar con testigos, sin que de necesidad se requiera escritura. Pero tales autores parece no hayan tenido presente la ley 31, título 13, Part. 5, que dice: „Escribiendo algun home carta de su mano misma, en que dijese que conocia que habia recibido maravedis prestados de otro alguno, é que obligaba alguna cosa por ellos, ó haciendo tal pleito (*pacto*) como este ante dos testigos; aquel á quien fuesse obligada la cosa en alguna destas dos maneras, bien la podrá demandar, á aquel que gela oviese empeñada, ó á otro cualquiera á quien la fallase: fueras ende si este que la tenia, digesse que le era obligada por carta que fuese fecha de mano de escrivano público. Ca entonces este postrimero si tal carta mostrasse, avria mayor derecho en la cosa empeñada, que el otro primero que oviese carta escrita de mano de su debdor, ó prueba de dos testigos, asi como sobre dicho es.” Por tanto conste la deuda é hipoteca por instrumento privado con dos testigos ó sin ellos, no perjudica al acreedor posterior de instrumento público.

95. No procederá lo expuesto en el párrafo anterior en tres casos. El primero es, cuando el crédito hipotecario consta por instrumento privado, hecho y firmado por el deudor, ó firmado solamente por este, aunque esté escrito de otra mano, y firmado tambien por tres testigos varones fidedignos, si el deudor reconoce en juicio la deuda é hipoteca, y estos sus firmas,

(1) Ley 31, tit, 13. Part, 5,

y deponen en la forma expresada en el capítulo I. párrafo 15; pues concurriendo todo esto, no solo será preferido el acreedor mencionado en él á los quirografarios, sino tambien á los escriturarios posteriores no privilegiados, como se prueba de la misma ley que continúa diciendo: „pero si tal carta de la deuda del empeñamiento fuese fecha por mano del deudor, é firmada con tres testigos que escribieren sus nomes en ella con sus manos mismas, estonce mayor derecho avria en la cosa empeñada el primero, que el segundo que mostrase la carta pública.” El caso segundo es, cuando el acreedor de instrumento público confiesa ser verdadero el privado, y que fue hecho en el dia que se expresa en él, pues su confesica desvanece toda duda. Y el tercero es, cuando antes de otorgarse el público fue leído, entendido y reconocido judicialmente el privado por los referidos tres testigos, aunque no le hayan suscrito, pues se preferirá al público (1).

96. El décimonono caso es, cuando el deudor contrajo obligacion hipocaria de pagar á uno cantidad cierta, y antes que se le entregase formalizó otra á favor de otro, y la recibió de este; en cuyo caso el segundo acreedor, no obstante ser posterior la fecha de su contrato, respecto haber tenido efecto y perfeccionándose con la entrega del dinero, será antepuesto al primero por faltarle esta circunstancia (2).

97. El vigésimo es, cuando el deudor compra alguna finca ó cosa, y el vendedor pacta con él al tiempo de la venta que ha de quedar hipotecada especialmente á cierto acreedor del comprador; pues entonces expresándose asi en la escritura de venta, aunque este acreedor sea posterior, será preferido en la cosa á los hipotecarios anteriores del deudor que la compró con dicho pacto: porque cuando la adquirió, y los demas acreedores llegaron á tener hipoteca en ella, ya estaba afectada al gravamen y responsabilidad del crédito de aquel (3).

98. El vigésimoprimo caso es, cuando dos acreedores contrajeron con el deudor comun sobre cosa ó territorio feudal, y el uno obtuvo para ello la competente facultad y el otro no; pues el que contrajo á consecuencia de ella, aunque sea posterior en tiempo, será preferido al que contrató con él, sin que hubiese intervenido por haber sido nulo el contrato, pero sobre esto véase á Carleval en el lugar que se cita. Lo mis-

(1) Covarr. *Pract.* cap. 22, num. 5.

(2) Ley 27, tit. 13, Part. 5. verb. *Pero* casos y ha.

(3) <sup>†</sup> Ciriac. *controvers.* 425. *Parlad. differ.*

57. num. 9.

no sucederá si dos prestasen dinero al poseedor de bienes vinculados, y este los obligase á entrambos, al uno bajo la condicion de impetrar facultad Real, y al otro despues de impetrada; pues este obtendrá la preferencia, porque el primer contrato sin ella es nulo, y asi necesita ratificarse luego que la impetre para que perjudique á los sucesores, y queden gravados los bienes despues de la muerte del deudor (1).

99. El vigésimosegundo caso es, cuando un procurador ó apoderado, sin poder especial ni bastante, hipotecó á favor de un sageto alguna cosa de su principal, quien la obligó despues expresamente á otro, y hecho esto ratificó despues la obligacion que en nombre suyo contrajo su procurador, pues aunque es válida esta ratificacion, y perjudica al que la hizo, no al acreedor posterior, á quien el verdadero deudor antes de hacerla hipotecó la cosa y asi será preferido el primero por haber adquirido derecho irrevocable en ella.

100. El vigésimotercero caso es; cuando la deuda hipotecaria procede de tutela, curaduría ó administracion pública, ó de iglesia, comunidad y rentas Reales, pues tiene la preferencia desde que los administradores empezaron á serlo, aunque reciban despues los efectos. Lo mismo procede en las hipotecarias que provienen de cambio, banco ó depositario público, pero no en las que dimanen de administracion ó depositario privado hasta que empiece á causarla, porque aquellos oficiales pueden ser compelidos á serlo y admitir la administracion y depósito, y este no, bien que despues de aceptados no los puede renunciar (2).

101. El vigésimocuarto y último caso es, cuando al tiempo de conferir ó hacer gracia á un clérigo de un beneficio, se le impuso alguna pension sobre las rentas de él en favor de otro; pues este debe ser preferido en ellas á todos y cualesquiera acreedores anteriores y privilegiados del deudor, aunque sean hipotecarios con obligacion general de sus bienes presentes y futuros, porque cuando estos empezaron á tener hipoteca en los frutos ó rentas del beneficio, ya le tenia el pensionista por haber pasado al deudor con este gravamen, y los demas acreedores no pueden tener ni pretender mas derecho en la cosa y en sus frutos que el que el mismo deudor tiene. Pero si concurren dos pensionistas á los frutos del beneficio gravado, como ambos tienen

(1) Selg. part. 2. *Labyr.* cap. 4. num. 40.  
Molin. *de primogen.* lib. 4. cap. 7. num. 17.  
Carlev. disp. 23.

(2) Gutierr. lib. 2. *Fract.* quæst. 178.  
*Cur. Filip.* cap. 12. cit. num. 43.

igual título, hipoteca y causa, se debe preferir el anterior en título y tiempo: y si para entrambos no son suficientes, percibirá el posterior en tiempo el residuo que quede despues de satisfecho enteramente el anterior, porque en este caso se debe observar la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es igualmente en derecho (1). Con este motivo se advertirá, que los beneficios curados de estos reinos no deben pensionarse sino á favor del resignante, en caso de ser útil y conveniente la renunciã, y cuando se celebra transaccion entre los opositores sobre el mismo curato ó parroquia, segun lo pactado en el concordato celebrado entre nuestra Corte y la de Roma en 14 de noviembre de 1737. Tampoco se deben pensionar unas parroquias para reedificar ni reparar las iglesias de otras, y antes bien ha de observarse lo que ordena el Santo Concilio de Trento (2), y es que en primer lugar deben costear los gastos las rentas de sus fábricas: si estas no alcanzan, los han de pagar los partícipes de sus diezmos; y no bastando ni uno ni otro, bajada la competente congrua que debe quedar á aquellos, han de ayudar subsidiariamente los feligreses de la iglesia que necesita ser reparada ó reedificada. Lo mismo disponia antes del Concilio la ley 11, tit. 10. Part. 1, y la bula ó concesion contraria á lo referido, es opuesta al auto 3. tit. 3. lib. 1. Rec., y á la constitucion de Inocencio XII citada en él, por lo que se puede impedir su ejecucion, pidiendo su retencion en el tribunal Real competente, como lo he visto practicar en el Consejo (3).

102. Lo expuesto hasta aqui acerca de la hipoteca y prelación tiene lugar aunque la cosa hipotecada mude su estado; quiero decir, aunque vaya en aumento, como si es tierra que se plante de viña, arboleda ú olivar, ó venga en disminucion, como si se deteriora, destruye ó arruina; pues en ambos casos tiene preferencia el acreedor, porque subsiste la hipoteca (4). Lo mismo sucede si la cosa hipotecada es monte, y se corta leña ó madera en él; mas no si con la madera se construye nave, casa ú otro edificio ó cosa, porque por haberse mudado la materia en otra forma, se extingue la hipoteca, á menos que se exprese que ha de subsistir.

103. Destruyéndose la nave no hay prelación ni hipoteca, si no es que se especifique; porque mudada la forma de la cosa, se muda la sustancia de ella. Lo primero milita en la seda, lana,

(1) Leyes 27 y 29. tit. 13. Part. 5.

(2) Ses. 41. de reformat. cap. 7.

(3) Cur. Filip. ilustr. dicho cap. 12.

num. 76.

(4) Ley 15. tit. 13. Part. 5.



lino, cáñamo y en otras primeras materias semejantes, si se tiñen y tejen, pues se pierde la hipoteca y prelación (1): en la nave deshecha con ánimo de no volver á construirla, pues aunque se rehaga con los mismos materiales, cesa la prelación por no ser ya ni reputarse la misma, como cuando se deshace con intencion de rehacerla; y en la carne y cueros del ganado hipotecado, porque una vez separados no son ganado como antes.

104. En el precio de la cosa vendida é hipotecada no hay prelación por él, si despues se volviere á vender, porque regularmente no sucede el uno en lugar del otro, ni en la que se comprare ó subrogare con su precio, porque ni este ni la cosa están obligados ni tampoco en la comprada con dinero ajeno la tiene el dueño de él, á menos que sea el fisco, la iglesia, república, comunidad, dote, soldado ocupado en el Real servicio ó menor, pues siendo de estos sucede la cosa en lugar del precio, mas no este, si despues se vuelve á vender (2).

105. Dúdase si queriendo el acreedor posterior y menos privilegiado, que al mismo tiempo es deudor por otra causa de su deudor, compensar su deuda con la que debe á este, se le deberá admitir en perjuicio de los acreedores que tienen derecho y privilegio anterior para exigir su crédito del deudor comun. Algunos autores dicen que no, porque si esto se permitiera, lograría por este medio cobrar su crédito con mas prontitud y facilidad que los anteriores; por lo que, y por estar obligada á ellos anteriormente su deuda bajo la hipoteca general, deben ser preferidos, y no ha de admitirse la compensacion, y si lo hiciere, podrán revocar el pago los otros acreedores, y compelerle á que apronte la cantidad con que se quedó. Pero Carleval con otros muchos autores que cita (3), exponiendo los fundamentos de ambas sentencias, sigue la contraria, á la que me inclino.

106. Los acreedores mere personales, que son los que no tienen hipoteca tácita ni expresa en los bienes del deudor, consten sus créditos por instrumento público ó privado, ó por testigos, ó solamente por confesion del mismo deudor, y sea verdadera ó confesada la entrega de la cantidad de que proceden; si acuden á un tiempo pretendiendo su pago, y no tienen la cualidad de posesion ni otra privilegiada, deben ser satisfechos á prorata, sin embargo de que unos créditos sean

(1) Ley 42. tit. 9. Part. 6.

(2) Leyes 40. tit. 5 y 25. tit. 13. Part. 5.

y 10. tit. 19. Part. 6.

(3) *De judic.* tit. 3. disp. 27.

mas antiguos que otros, pues no hay prelación entre ellos por razón de su antigüedad; y así se han de graduar, regularmente hablando, después de los escriturarios con hipoteca especial ó general, aunque en estos no conste la fe de entrega, y aquellos sean anteriores (1). Lo mismo sucede á los personales privilegiados iguales en el privilegio, concurriendo entre sí sobre la prelación, por ser también de una naturaleza, y milita la propia causa y razón.

107. Pero esta regla se limita en seis casos. El primero es, cuando un acreedor antes de la formación del concurso y de pretender los demás la satisfacción de sus créditos, pidió ejecución y obtuvo sentencia favorable; pues aunque sea posterior en tiempo, debe ser preferido á los otros quirografarios, por haber acreditado antes que ellos la legitimidad de su crédito; y sin embargo de que no alcancen para esto los bienes del concursante, no pueden inquietarle ni pedirle cosa alguna de aquellos de que se le aposeionó por sentencia (2). El segundo, cuando su vale, aunque no se halle corroborado con las firmas ni presencia de testigos, sino solamente con la del deudor, está hecho en papel sellado correspondiente al año de su formación, y á la cantidad y calidad del contrato, pues entonces debe ser graduado después de las escrituras, y antes de los que están escritos en papel comun con dos testigos ó sin ellos (3). El tercero, cuando el acreedor quirografario hace constar su crédito por reconocimiento judicial hecho por el deudor antes que este se obligue en escritura pública á otro; pues el reconocimiento puro hecho en juicio con la solemnidad legal, tiene fuerza de escritura y es ejecutivo (4). El cuarto, cuando su escritura privada está firmada por el deudor y tres testigos, y todos reconocen sus firmas y deponen de su certeza en los términos explicados en el párrafo 95, porque en este caso se estima como escritura pública, que es preferida á la privada. El quinto, cuando el acreedor posterior de instrumento público confiesa ser ciertos el crédito quirografario y su fecha; pues aunque no haya testigos con quienes se pueda acreditar, si es anterior, será preferido no solo á otros quirografarios, sino también al del público que le confiesa. Y el sexto, cuando el deudor contrajo la deuda hipotecaria en fraude de los acreedores personales, como si fuese después de haber huido ó quebrado; pues aunque sea verdadera no tiene prela-

(1) Ley II. tit. 14. Part. 5. verb. *Mas si todos los otros.*

(2) Dicha ley II. verb. *E por ende deci-*

(3) Ley 5. tit. 24. lib. 10. Nov. Rec.

(4) Leyes 4 y 5. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

cion á los de estos, y antes bien el acreedor ha de concurrir con ellos, porque el deudor careció de facultad para perjudicarlos (1).

108. Teniendo el deudor varias negociaciones, y por ellas acreedores personales, no debe ser de mejor condicion el primero que ejecutó, que los demas de aquella negociacion, y asi debe concurrir á prorata con ellos, de suerte que si cobra antes, ha de dar seguridad de entregar á los demas sus partes; ni los de la una tienen accion para pedir contra los bienes de la otra, hasta que los de esta sean satisfechos, porque cada uno se conceptúa mas acreedor en aquella que en la persona del deudor (2).

109. Para que un tercero que prestó dinero al deudor para pagar á cierto acreedor suyo, quede subrogado en el lugar de este como si tuviera lasto, se requieren cuatro cosas: la primera, que pacte con el deudor que los bienes obligados al acreedor lo han de quedar á él: la segunda, que igualmente pacte con el deudor que se ha de subrogar en el propio lugar ó hipoteca del acreedor sin diferencia alguna: la tercera, que el dinero que presta al deudor sea determinadamente para pagar al acreedor primero; y la cuarta, que el mismo dinero pase al acreedor, y se pague con él su deuda. Omito extenderme mas sobre prelación de créditos, porque con lo expuesto podrá enterarse cualquiera mas que medianamente, y conocer el privilegio que compete á cada acreedor, sin importunar á letrado alguno con preguntas, ni tener que registrar ni comprar muchos libros.

110. Prescribe por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes la accion hipotecaria para recuperar la hipoteca, en virtud del pacto de no enagenar contra el tercero poseedor de ella, habiendo título y buena fe de parte de este (3); y dicho tiempo empieza á correr desde el dia en que el deudor se constituye en mora, segun los plazos de su obligacion; pues si este, su fiador ú otro tercero poseedor paga, se impide é interrumpe la prescripcion (4).

(1) Covarr. *Pract.* cap. 22. num. 5. Acred. en la ley 5. num. 21. tit. 21. lib. 4. Rec.

(2) Greg. Lop. en la ley 11. tit. 14. Part. 5. glos. 4. Casill. lib. 4. *Controv.* cap. 51.

(3) Ley 27. tit. 29. Part. 5.

(4) Sobre esta interrupcion, y por qué actos se hace, véase el capítulo 5, párrafo 34 del título anterior.