

en el párrafo 28; pues acreditando (porque no basta la mera confesión 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 refeccionario á los demás acreedores hipotecarios anteriores que no lo sean, excepto al fisco, dote y arras dadas á la muger por aumento de su dote<sup>1</sup>, 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 orden inverso ó contrario á los demás 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 orden; pues en estas deudas privilegiadas no se considera el tiempo sino la causa, y la de este privilegio es la conservación, 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 demás anteriores<sup>2</sup>, si es heredad, en sus frutos por la hipoteca tácita, y si es casa, en los bienes que estan 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 dira 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 contrayentes, y la perseverancia del contrato primero en la cosa arrendada, por lo que concurriendo el arrendatario con los acreedores que contraieron con el arrendador despues del arrendamiento primero y antes del tácito, ha de ser postergado ó postpuesto á ellos por su reconduccion, excepto que la escritura de arriendo contenga la cláusula extendida al fin del párrafo 36, capítulo 2 del titulo 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 domicilio directo, tendrá preferencia en ella á los demás por el capital, laudemio y réditos. Lo propio milita en el que da alguna cosa á censo reservativo

<sup>1</sup> Leyes 26 al fin, 28 y 29, tit. 13, Part. 5.— <sup>2</sup> Ley 6, tit. 11, lib. 10, Nov. Rec.

al quitar, porque en la práctica se estima tenerla: bien que Carleval es de contrario sentir por varias razones que expone<sup>1</sup>.

78. Cuando el censuario de censo vitalicio personal forma concurso de acreedores, y el censalista ó alimentario ocurre á él pretendiendo su pension 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 obligacion de pagar al censalista mientras viva los réditos anuales estipulados, y que despues queden libres del gravámen los bienes para los acreedores de mejor grado despues del censalista, 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 censalista 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 conviniere, 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 censalista cosa cierta fructifera 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 caudal 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 liquido cubra la pension anual, y que con ella se haya contentado el censalista, se le pueden consignar para el pago de esta, con obligacion de volver el sobrante, lo cual se entiende no hallándose en peor estado que cuando se hipotecaron<sup>2</sup>.

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 demás 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 hacerse pago de propia autoridad, sino poner los bienes á disposicion del juez, para que de su valor se le haga<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Carlev. tit. 3, disp. 28, num. 22 y 23. — <sup>2</sup> Salg. part. 1 *Labyr.* cap. 20, num. 25 y sig. — <sup>3</sup> Ley 10, tit. 15, Part. 5; Greg. Lop. en ella, glos. 2; *Cur. Filip.* lib. 2 *Comerc. terrestr.*, cap. 12, num. fin.



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<sup>1</sup>.

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 suyos 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 igualmente privilegiados, en los cuales y en los quirografarios que son mere 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<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> Gom. lib. 2 Var. cap. 2, num. 3; Salg. Labyr. cap. 24, num. 21. — <sup>2</sup> Ley 11, tit. 14, Part. 5. — <sup>3</sup> Gutierr. lib. 3 Pract. quæst. 101, num. 15.

res, de cualquiera clase que sean<sup>1</sup>; 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<sup>2</sup>. 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 así no debe faltar á la confianza, ni por consiguiente usar de la cosa ni del dinero, pena de incurrir en la de hurto<sup>3</sup>, y otras expresadas en el capitulo 21, titulo 4, libro 2, párrafo 8, porque no se le trasferien 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<sup>4</sup>.

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 así se graduará despues de estos siete<sup>5</sup>, porque le compete solamente la accion de depósito, que aunque privilegiada es personal<sup>6</sup>. Se llaman depósito *irregular* ó impropio el que se hace de dinero ó de cosas que consisten en número, peso ó medida, como trigo, vino, aceite, etc., 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 lucro que reedituen; 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

<sup>1</sup> Ley 9 al fin, tit. 7, Part. 5. — <sup>2</sup> Ley 9 cit. — <sup>3</sup> Ley 12, tit. 10, Part. 7. — <sup>4</sup> Ley fin., tit. 3, Part. 5. Véase el cap. 21, tit. 4, lib. 2, § 4, y su nota. — <sup>5</sup> Leyes 9, tit. 3 y 11 al fin, y 12, tit. 14, Part. 5. — <sup>6</sup> Ley 9, tit. 3, Part. 5.



privada ó banto público, y estos quebraren, será preferido el fisco por especial privilegio á los demas acreedores quirografarios, aunque sean anteriores en tiempo <sup>1</sup>.

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 <sup>2</sup>.

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 así 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 <sup>3</sup>.

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 públicamente alguna ciencia, pues gozan de la misma hipoteca privilegiada, en consideracion á que del estudio y enseñanza depende el buen gobierno del Estado, y así 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 <sup>4</sup>.

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 moderada servidumbre, sus salarios y los alquileres de la casa en que vive, pues todos son preferidos á los demas hipotecarios del deudor, aunque tengan hipoteca especial, y sean anteriores; y si los criados litigan entre sí sobre prelacion, se han de prorratear 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 <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Non intelligitur, § Multa, ff. de jur. fisci. — <sup>2</sup> Castill. lib. 3 *Contróvers* cap. 16, num. 67 y 78. — <sup>3</sup> Carlev. tit. 3, disp. 29, num. 6 y 32, num. 1. — <sup>4</sup> Carlev. ibi, disp. 32, num. fin. — <sup>5</sup> Rodrig. de concurs. part. 1, art. 3, num. 19.

88. El decimotercio es, cuando se deben por derecho los alimentos al acreedor, por habérselo legado el testador; en cuyo caso compete al alimentario accion 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 demas acreedores, no obtendrá la prelacion porque es acreedor meramente personal <sup>1</sup>.

89. El decimocuarto 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 <sup>2</sup>.

90. El decimoquinto 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 la del contrato hipotecario, y el que es primero en esta lo es en derecho. Pero si una propia accion 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, concurriran á su percibo á prorata de sus créditos. Y 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 algun crédito pueda repetir contra quien se le cedió, no

<sup>1</sup> Castill. de aliment. cap. 66. — <sup>2</sup> Carlev. tit. 3, disp. 36; Boler. tit. 5, quæst. 17, num. 1.



basta que haga ver que es de difícil exacción, pues es menester acredite la ejecución en los bienes del deudor hecha con la mayor diligencia para que su autor no experimente perjuicio<sup>1</sup>.

91. El décimosexto caso es, cuando la deuda hipotecaria posterior consta por instrumento ante escribano y testigos, en el que da fe 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 confesión 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<sup>2</sup>.

92. El décimoséptimo caso es, cuando el fiador pagó por el principal en virtud de la obligación que contrajo por él; pues no obstante que la paga sea posterior, debe ser preferido con el lasto del acreedor á los que después de constituida la fianza contrajeron con el deudor, porque al modo que el fiador se obligó al principio al acreedor bajo la condición de *si no pagare el deudor principal*, del mismo modo se halla este obligado al fiador desde entonces bajo la de *si pagare por él*: de suerte que el fiador es un acreedor condicional respecto de su deudor, la condición es casual y no potestativa, y así el fiador aunque posterior en el desembolso y satisfacción, debe obtener la preferencia á los acreedores que en el intermedio de la constitución de la fianza y paga contrajeron con el deudor común, si tiene lasto del acreedor<sup>3</sup>.

93. El décimoctavo caso es, cuando el acreedor hipotecario posterior hace constar su crédito por instrumento público, y el anterior también hipotecario acredita igualmente el suyo por confesión del deudor en instrumento privado escrito, ó á lo menos firmado por este, aunque otro le haya extendido de su orden; y en caso de faltar el deudor por haber fallecido ó por otro motivo, y de consiguiente su reconocimiento le justifica con declaración 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<sup>4</sup>; porque una cosa es que haga fe y prueba en juicio contra el mismo deudor, aunque no se efectue el cotejo ó comparación de su letra mediante la deposición de los dos testigos, y otra que prefiera al acreedor de

<sup>1</sup> Felic. de cens. tom. 1, lib. 3, cap. 5, num. 2; Olea de cession. jur., tit. 8, quæst. 4, num. 7. — <sup>2</sup> Greg. Lop. en la ley 27, tit. 13, Part. 5, glos. 1. — <sup>3</sup> Salg. part. 2 Labyr. cap. 21, num. 22; Felic. de cens., tom. 1, lib. y cap. 5, num. 20. — <sup>4</sup> Ley 31, tit. 13, Part. 5.

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 esten escritos en aquel, ni le hayan firmado, si depusieron 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 fuese 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 oviesse carta escrita de mano de su debdor, ó prueba de dos testigos, así 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 también por tres testigos varones fidedignos, si el deudor reconoce en juicio la deuda é hipoteca, y estos sus firmas, y deponen en la forma expresada en el capítulo 1º, párrafo 15; pues concurriendo todo esto, no solo será preferido el acreedor mencionado en él á los quirografarios, sino también á los escriturarios posteriores no privilegiados, como se prueba de la misma ley que continúa diciendo: «pero si tal carta de la debda del empeñamiento fuese fecha por mano del debdor, 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 día que se expresa en él, pues su confesión desvanece toda duda. Y el tercero es, cuando antes de otorgarse el público fue leído, entendido y reconocido judicial-



mente el privado por los referidos tres testigos, aunque no le hayan suscrito, pues se preferirá al público<sup>1</sup>.

96. El décimonono caso es, cuando el deudor contrajo obligación hipotecaria de pagar á una 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<sup>2</sup>.

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 así 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 demás acreedores llegaron á tener hipoteca en ella, ya estaba afectada al gravámen y responsabilidad del crédito de aquel<sup>3</sup>.

98. El vigésimoprimer 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 mismo 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 así necesita ratificarse luego que la impetre para que perjudique á los sucesores, y queden gravados los bienes despues de la muerte del deudor<sup>4</sup>.

99. El vigésimosegundo caso es, cuando un procurador ó apoderado, sin poder especial ni bastante, hipotecó á favor de un sujeto alguna cosa de su principal, quien la obligó despues expresamente á otro, y hecho esto ratificó despues la obligación que en nombre suyo contrajo su procurador, pues aunque es válida esta ratificación, y perjudica al que la hizo, no al acreedor posterior,

<sup>1</sup> Covarr. *Pract.* cap. 22, num. 5. — <sup>2</sup> Ley 27, tit. 13, Part. 5, verb. *Pero casos y ha.* — <sup>3</sup> Ciriac. *controvers.* 425; *Parlad. differ.* 57, num. 9. — <sup>4</sup> *Salg. part. 2 Labyr.* cap. 4, num. 40; *Molin. de primogen.*, lib. 4, cap. 7, num. 17; *Carlex. disp.* 23.

á quien el verdadero deudor antes de hacerla hipotecó la cosa, y así 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<sup>1</sup>.

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 obligación 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 gravámen, y los demás 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 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<sup>2</sup>. 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 renuncia, 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<sup>3</sup>, y es que en primer lugar deben costear los gas-

<sup>1</sup> *Gutierr. lib. 2 Pract. quaest.* 178; *Car. Filip.* cap. 12 cit., num. 43. — <sup>2</sup> *Leyes* 27 y 29, tit. 13, Part. 5. — <sup>3</sup> *Ses. 41 de reformat.* cap. 7.



tos las rentas de sus fabricas : 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 el, por lo que se puede impedir su ejecucion , pidiendo su retencion en el tribunal Real competente , como lo he visto practicar en el Consejo<sup>1</sup>.

102. Lo expuesto hasta aquí acerca de la hipoteca y prelacion 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<sup>2</sup>. 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 prelacion ni hipoteca , si no es que se especifique ; porque mudada la forma de la cosa , se muda la sustancia de ella. Lo propio milita en la seda , lana , lino , cáñamo y en otras primeras materias semejantes , si se tiñen y tejen , pues se pierde la hipoteca y prelacion<sup>3</sup> : en la nave deshecha con ánimo de no volver á construirla , pues aunque se rehaga con los mismos materiales , cesa la prelacion 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 prelacion 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 estan obligados , ni tampoco en la comprada con dinero ageno 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<sup>4</sup>.

*Cur Filip. ilustr.* dicho cap. 12, num. 76. — <sup>2</sup> Ley 15, tit. 13, Part. 5. — <sup>3</sup> Ley 42, tit. 9, Part. 6. — <sup>4</sup> Leyes 40, tit. 5, y 25, tit. 13, Part. 5, y 10, tit. 19, Part. 6.

105. Júdase 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 , lograria 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<sup>1</sup> , 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 mas antiguos que otros , pues no hay prelacion entre ellos por razon de su antigüedad ; y así se han de graduar , regularmente hablando , despues de los escriturarios con hipoteca especial ó general , aunque en estos no conste la fe de entrega , y aquellos sean anteriores<sup>2</sup>. Lo mismo sucede á los personales privilegiados iguales en el privilegio , concurriendo entre sí sobre la prelacion , por ser tambien de una naturaleza , y milita la propia causa y razon.

107. Pero esta regla se limita en seis casos. El primero es , cuando un acreedor antes de la formacion del concurso y de pretender los demas la satisfaccion de sus créditos , pidió ejecucion 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<sup>3</sup>. El segundo , cuando su vale , aunque no se halle corroborado con las firmas ni presencia de

<sup>1</sup> *De judic.*, tit. 3, disp. 27. — <sup>2</sup> Ley 11, tit. 14, Part. 5, verb. *Mas si todos los otros.* — <sup>3</sup> Dicha ley 11, verb. *E por ende decimos.*



testigos, sino solamente con la del deudor, está hecho en pape sellado correspondiente al año de su formación, y á la cantidad y calidad del contrato, pues entonces debe ser graduado despues de las escrituras, y antes de los que estan escritos en papel comun con dos testigos ó sin ellos <sup>1</sup>. El tercero, cuando el acreedor quirografario hace constar su crédito por reconocimiento judicial hecho por 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 <sup>2</sup>. 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 tambien 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 despues de haber huido ó quebrado; pues aunque sea verdadera no tiene prelacion á los de estos, y antes bien el acreedor ha de concurrir con ellos, porque el deudor careció de facultad para perjudicarlos <sup>3</sup>.

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 <sup>4</sup>.

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 deu-

<sup>1</sup> Ley 5, tit. 24, lib. 10, Nov. Rec. — <sup>2</sup> Leyes 4 y 5, tit. 28, lib. 11, Nov. Rec. — <sup>3</sup> Covarr. *Pract.* cap. 22, num. 5; Aceved. en la ley 5, num. 24, tit. 21, lib. 4, Rec. — <sup>4</sup> Greg. Lop. en la ley 11, tit. 14, Part. 5, glos. 4; Castill. lib. 4 *Controv.* cap. 61.

dor 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 prelacion 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 titulo y buena fe de parte de este <sup>1</sup>; 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 <sup>2</sup>.

#### CAPITULO IV

DE LA ESPERA DE ACREEDORES; A QUIÉNES, POR QUÉ PERSONAS, Y POR CUANTO TIEMPO SE PUEDE CONCEDER.

Hay dos especies de espera: una llamada así propiamente, y es la que conceden los acreedores: otra la que otorga el Soberano, ó á su nombre el Consejo, y se denomina moratoria. — Solo el Consejo, y no las chancillerías, audiencias ó jueces inferiores pueden conceder moratoria. — La moratoria, como privilegio meramente personal, no se extiende á los sucesores ni fiadores del deudor. — Requisitos necesarios para que aproveche la moratoria, y pueda el deudor usar de ella. — Por quién se despachan las moratorias y formalidades que se observan para la solicitud y despacho de ellas. — Aclaracion de tres dudas: 1<sup>a</sup> si cuando el Consejo concede la moratoria con calidad de afianzar sin mas expresion, se debe entender la fianza á satisfaccion del acreedor ó del juez; 2<sup>a</sup> desde cuando empieza á correr el término de la moratoria, si en el decreto del consejo no se especifica: 3<sup>a</sup> si cuando el Consejo en sala primera dice: *traslado al acreedor; pase á justicia, y no se moleste á esta parte por un mes, dos ó mas*, empezará á correr este término desde el dia de la concesion, y concluido podrá el juez proseguir en el negocio á instancia

<sup>1</sup> Ley 27, tit. 29, Part. 3. — <sup>2</sup> Sobre esta interrupcion, y por qué actos se hace, véase el capítulo 5, párrafo 34 del título anter.