

K19  
.1  
52  
D.R.



ILUSTRACION  
DEL DERECHO ESPAÑOL.

LIBRO SEGUNDO.

TITULO XVII.

DE LAS FIADURAS.

Tít. 42. P. 5. tít. 44. lib. 10. de la Nov. Rec..(1).

1. *Qué sea fiadura, y quiénes pueden ser fiadores.*
2. 3. *De las fiaduras de las mujeres.*
4. 5. 6. *Le los privilegios de los labradores en cuanto á fiaduras y otros asuntos.*
7. *Qué obligaciones admiten fiadores.*
8. *La obligacion del fiador es accesoria, y sus consecuencias.*
9. 10. 11. *Privilegios de los fiadores.*
12. 13 14. *Cuándo se obliga el fiador: qué sucede cuando paga, y qué si pretende libertarse de la fiadura.*

1 Seguimos el buen método del *Digesto romano*, y del libro de las *Partidas*, en tratar de las fiaduras despues de haber hablado generalmente de las promisiones ú obligaciones verbales; porque aquellas se hacen tambien por promisiones, y con el fin de asegurar y fortalecer las obligaciones anteriores á que se refieren. Fiaduras ó fianzas son *Obligaciones que hacen los hombres entre si, para que las promisiones y posturas que hayan hecho sean mejor guardadas, pr. del título 44. P. 5.*, cuya definicion manifiesta ser la fiadura obligacion accesoria de otra principal

(1) Tit. 21. lib. 5. Inst.  
Tomo II.

Será pues fiador aquel que da su fe, y promete á otro dar ó hacer alguna cosa por mandado ó ruego de aquel que le mete en la fiadura; la cual es muy útil al que la recibe, porque está mas seguro que se le cumplirá lo que se le debe, quedando obligados á ello tanto el fiador como el deudor principal. Por lo regular pueden ser fiadores todos los que pueden hacer promisiones para obligarse por ellas; y lo mismo recibir fianzas los que pueden recibir promisiones, *l. 1. d. título 12.* Pero no deja de haber algunas excepciones y limitaciones en cuanto á lo primero que vamos á notar.

2 En primer lugar no pueden ser fiadores los caballeros que reciben soldada del rey, por estar en su servicio. Ni los obispos, ni las mujeres, *l. 2. d. título 12.*, bien que de estas pone la *siguiente ley 3.*, varios casos en que pueden serlo, y son: I. Por la libertad (1). II. Por razon de la dote; esto es, si afianzase á favor de Pedro la dote que habia de haber de la mujer con que casase (2). III. Cuando sabedora y segura la mujer de que no podia ni debia ser fiadora, lo fuere, renunciando por su voluntad, y desamparando el derecho que la ley le concede en esta razon. IV. Si habiendo entrado fiadora por otro, dura en la fiadura hasta dos años, y desde allí adelante la ratifica ó renueva de alguna manera (3). V. Si recibiere precio por la fiadura que hiciese (4). Gregor. Lóp. en la *glosa 9.* de esta *l. 3.* juzga ser mas probable, que la cantidad del precio se reputa por el arbitrio del juez. VI. Si vistiéndose la mujer de hombre, ó haciendo ereer de otra manera que lo era, la recibiese alguno por fiador, creyendo engañado que era varon; y es la razon, porque este favor no se les ha concedido para engañar, sino para que no sean engañadas por la simplicidad y flaqueza de su sexo (5).

3 VII. Cuando hiciese la fiadura por su hecho propio ó utilidad, como si fuese fiadora por aquel que le hubiese fiado á ella (6). VIII, y último: Cuando entró fiadora por alguno, y acaeciese despues de esto, que ha de heredar los bienes de aquel por quien fió. En cualquiera de estos ocho casos seria válida la fiadura de la mujer, y tendria obligacion de cumplirla. Y adviértase sobre el caso VII., que la

(1) L. pen. ult. C. ad senat. Vellejan. (2) L. 12. C. eod. (3) L. 22. eod.

(4) L. 25. eod. (5) L. 2. § 5. eod. (6) L. 15. eod.

*l. 3. tit. 11. lib. 10. de la Nov. Rec.* establece, que las mujeres no pueden ser fiadoras de sus maridos, aunque se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de ellas. Y manda asimismo, que cuando se obligaren á mancomun marido y mujer en un contrato ó en diversos, que la mujer no sea obligada á cosa alguna, salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho de ella; pues entónces á prorata del dicho provecho será obligada: pero si lo que se convirtió en provecho de ella, fué en las cosas que el marido le era obligado á dar, así como en vestirla y darle de comer, y las otras cosas necesarias, manda que por eso no sea ella obligada á cosa alguna: queriendo que todo lo dicho se entienda, si no fuere la dicha fianza y obligacion de mancomun por dinero de las rentas reales ó pechos ó derechos de ellas. Antonio Gómez. 2. *var. cap. 13. nn. 46. y 47.* y en la *l. 61. de Toro*, que es la misma *l. 3. tit. 11. lib. 10. de la Nov. Rec.*, examina algunas cuestionillas que pueden suscitarse en este asunto.

4 La *l. 16. tit. 31. lib. 11. de la Nov. Rec.* manda que los labradores no puedan ser fiadores, sino entré si mismos unos por otros, y que las fianzas que hicieren por otras personas, sean en sí ningunas; y que lo contenido en *d. l. y la 45.* del mismo *tit.* á favor de los labradores, no se pueda renunciar, ni valga la renunciacion que hicieren de ella. Los principales privilegios concedidos á los labradores, que por sus personas ó criados y familia labraren, en dichas *leyes 45. y 46. d. tit. 31.* son los siguientes: I. Que no puedan ser ejecutados por deuda que debieren de cualquier manera, en sus bueyes, mulas, ni otras bestias de arar, ni en los aperos ni aparejos que tuvieren para labrar, ni en sus sembrados ni barbechos en ningun tiempo del año: cuya esencion concedida en *d. l. 45.* la estendió en cuanto á sembrados, la 46. al pan que cogieren de sus labores despues de segado, puesto en rastrojos ó en las eras, hasta que lo tengan entrojado; y entónces cuando por alguna ejecucion se les hubiere de vender alguna parte del pan, no se les pueda tomar ni vender á ménos precio de la tasa; y no habiendo comprador, se haga pago con ello al acreedor. Creemos que la palabra *pan*, de que usa *d. l. 16.* debe entenderse de todos los frutos seminales, por referirse á la otra *sembrados*, y ser la misma razon en todos. Tres casos excep-

túan las *mismas leyes*, á saber, por los pechos y derechos debidos al rey; ó por las rentas de las tierras del señor de la heredad; ó por lo que el tal señor les hubiere prestado ó socorrido para la dicha labor; y en estos tres casos, cuando no tuvieren otros bienes de que puedan ser pagadas dichas deudas; y que en un par de bueyes, ú otras bestias de arar, no pueden ser ejecutados en los dichos tres casos, ni por otro alguno. [Acerea de estos beneficios concedidos á los labradores dispone *el decreto de 8 de junio de 1813, restablecido en 6 de setiembre de 1836*, lo que sigue: ART. 10. En ningun caso ni por ningun título se podrá hacer ejecucion ni embargo en las mieses que despues de segadas existan en los rastrojos ó en las eras hasta que estén limpios y entrojados los granos; pero se podrá poner interventor, cuando el deudor no tenga arraigo y no dé fianza suficiente. Hasta la misma época, y miéntras que los granos existan en las eras, no permitirán los alcaldes y ayuntamientos de los pueblos que se hagan en ellas cuestaciones ni demandas algunas de granos por ninguna clase de personas, ni aun por los religiosos de las órdenes mendicantes. ART. 11. Se observará puntualmente todo lo demas que se halla prevenido por las leyes á favor de los labradores y ganaderos, en cuanto no sea contrario á lo que se manda en *este decreto*.]

§ II. Que no puedan ser presos por deuda alguna que no descienda de delito: cuyos dos privilegios se les conceden con tanta gracia y benignidad, que si el juez ó el ejecutor contravinieren á ello, deben ser castigados, aquel con la suspension de su oficio por un año, y el acreedor que lo pidiere, por el mismo caso haya perdido y pierda la deuda, y el labrador quede libre de ella. Dicha *ley 15.* quiso que este segundo privilegio solo tuviese lugar en los seis meses últimos del año, pero la 28. lo estendió á todo el año, si no es que las deudas sean contraidas ántes de ser labrador.

§ III. Que por ninguna deuda que deban, puedan renunciar su fuero, ni someterse á otro. En este particular pone *d. l. 15.* la escepcion de que puedan renunciar el fuero, sometiéndose al corregidor realengo mas cercano, y en los lugares eximidos al de la cabeza de la jurisdiccion donde le eximieron; pero la deroga espresamente la *citada*

*l. 16.*, confirmada en esto por *la nota 7. tit. 19. lib. 7. nota 4. tit. 31. lib. 11. de la Nov. Rec. IV.* Que no puedan obligarse como principales, ni como fiadores á favor de los señores de los lugares en cuya jurisdiccion vivieren; y que sean nulas las escrituras que otorgaren en contrario de este y demas privilegios concedidos á favor de los labradores, sin embargo de cualesquiera renunciaciones que de ello hicieren; y que los escribanos no den lugar que ante ellos se otorguen, so pena que pierdan sus oficios y no puedan usar mas de ellos de allí adelante. V. Que no se les puedan tomar ni tomen ningunos carros, carretas ni bestias, si no fuera para el real servicio ó necesidad pública, y entónces pagándoles primero de contado el alquiler que pareciere justo á la justicia, según el tiempo en que se les tomaren. Otros privilegios de ménos uso sobre panadear, y no asistir á guardas, ni otra gente de guerra, con trigo, cebada, ni otro mantenimiento, se pueden ver en *dichas leyes*. A ocasion de haber tenido que hablar aquí sobre fianzas de labradores, nos ha parecido referir los otros privilegios que tienen, para que se encuentren unidos, con el ánimo de indicarlos remisivamente en los lugares donde corresponda.

7 No solamente la obligacion eficaz, natural y civil admite fiador, sino tambien la meramente natural, en cuyo caso, aunque el deudor principal no pueda ser apremiado á cumplirla, podría serlo el fiador, *l. 5. d. tit. 12. P. 5. (1)*. Las de los hijos de familia y menores, en que esto no tiene lugar, se pueden ver en el *tit. 10. n. 10.*, donde las hemos notado. Por la *l. 6. d. tit. 12.* era menester formal promision ó estipulacion para contraerse la obligacion de fiadura; pero advierte muy bien Gregorio Lóp. en su *glos. 4.* estar corregido por la célebre *l. 4. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Rec.* que hemos citado tantas veces. Puede un hombre entrar fiador por otro si quisiere, no solo cuando se constituye la obligacion principal, sino tambien ántes ó despues (2). Y asimismo hasta cierto tiempo, ó so condicion, *d. l. 6.* poniendo las fórmulas.

8 Como la obligacion de la fiadura es accesoria, no se puede estender mas que la principal, y no valdria en cuanto

(1) § 4. Inst. de fidejus. (2) § 5. Inst. de fidejus.

es de mas, y este de mas puede ser un derecho de cuatro maneras: I. En la cantidad, si debiendo 100 el deudor principal, entrase el fiador á obligarse en 120, en cuyo caso no valdria la fiadura en el esceso, esto es, en los 20. II. Cuando el deudor principal es obligado á dar alguna cosa en lugar cierto, y el fiador se obliga á darla en otro mas grave. III. Cuando el principal estaba obligado á dar la cosa en tiempo cierto, y el fiador entra en darla en mas breve tiempo. IV. Si el deudor era obligado á dar la cosa so condicion, y el fiador se obligase á darla puramente sin condicion alguna: de suerte que en ninguno de estos tres últimos casos valdria la fiadura, *l. 7. d. tit. 12. (1)*.

9 Para que el acreedor pueda pedir la deuda al fiador, es menester que la pida ántes al deudor principal, si se hallare en la ciudad, y no pudiendo cobrarla de este, podrá entónces demandarla al fiador. Y si acaeciese, que hallándose presente el fiador estuviere ausente el deudor, puede aquel pedir plazo al juez, que le deberá dar, segun le pareciere, para poder llevar á la ciudad al deudor; y si pasare el plazo sin llevarle, podrá ser precisado á la paga, *l. 9. d. tit. 12. P. 5*. Este beneficio del fiador se suele llamar de *orden*, por el que debe seguirse de reconvenir ántes al deudor que al fiador; ó de *escusion*, porque para llegar el acreedor al fiador debe hacer ántes escusion de los bienes del deudor, y verse por ella que no los hay, ó no son bastantes para satisfacer al acreedor. Deja de tener lugar, cuando el fiador lo renunció, y cuando el deudor es notoriamente insolvente, y en otros casos ménos frecuentes que refiere y prueba Góm. 2. *var. cap. 13. n. 14.*, bien que fundado en solas leyes romanas. En el dia apénas se ve escritura de fianza que no contenga esta renuncia.

10 En el caso en que fueren muchos los fiadores de un deudor, les concedieron dichas leyes romanas otro famoso beneficio ó privilegio (2), llamado comunmente de *division*, en cuya virtud, oponiéndolo aquel de los fiadores que fuere reconvenido por toda la deuda, consigue que se divida la accion del acreedor, dirigiéndola contra sí solo á prorata. Ant. Góm. en el *d. cap. 13. n. 15.* y Maymó en este *tit. n. 12.* pretenden, que esta doctrina que está tambien esta-

(1) § 5. Instit. de fidejus. (2) § 4. eod.

blecida en la *l. 8. d. tit. 12.*, debe observarse en el dia; pero nos parece mejor la opinion de Azev. de que hicimos mencion al *n. 11. del titulo antecedente*, de suerte que atendida la *l. 10. titulo 1. lib. 10. de la Novisima Rec.* creemos que ahora podrá cuando mas tener lugar esta doctrina en el caso que los fiadores se hubiesen obligado espresamente *in solidum*; y aun para entónces tenemos por mas probable que no lo tiene; porque toda vez que despreciando el beneficio de *d. l.* de quedar solamente obligados por la mitad, cuando se obligaban simplemente, quisieron espresamente obligarse *in solidum*, parece fué su voluntad privarse de tener recurso alguno para intentar recobro contra sus compañeros, y que fué tambien esta la intencion del acreedor. Escogerá el prudente lector la opinion que le parezca mas conforme. Otro beneficio compete á los fiadores llamado *cesion de acciones*, por el cual pagando uno de los fiadores toda la deuda al acreedor, puede pedirle que le ceda sus acciones contra sus compañeros, para demandar le satisfaga cada uno la porcion que le corresponda, *l. 11. d. tit. 12.*, la cual esplicándose mas en el asunto añade, que esto tendrá lugar cuando el fiador pagare en nombre suyo; pero que si pagó á nombre del deudor, no podrá ya pedir la cesion, aunque puede conseguir del mismo deudor lo que por él hubiese pagado: cuya facultad tendrá tambien en el caso de haber pagado en nombre suyo, de modo que tendrá entónces la eleccion de reconvenir al deudor, ó hacer uso de la cesion contra los otros fiadores. Y añade ademas, que si pagó simplemente, sin espresar si lo hacia en nombre suyo, ó en el del deudor, se entenderá lo primero, si propone luego su demanda pidiendo la cesion; y lo segundo, si lo difiere. A esta cesion solemos llamar *carta de lasto*.

11 Si dos fiadores estuviesen obligados por mitad, por haber contraido la fiadura simplemente, y uno de ellos pagare toda la deuda, no podrá pretender la cesion de acciones para recobrar la mitad que pagó por el otro; porque si la pagó ignorando el beneficio de *d. l. 10.*, la podrá repetir del acreedor, como indebidamente pagada, y si lo hizo sabiéndolo, se juzgará que la quiso dar. Esto nos parece lo mas conforme á la sentencia de *d. l. 10.* que segun dijimos explica latamente Azevedo.

42 Vale la fiadura no solo cuando uno entra fiador por mandado espreso del deudor, sino tambien cuando entrare por su voluntad delante del deudor sin mandado de este, y no contradiciéndolo; ó entrando por el deudor sin su sabiduría ó mandado, y cuando lo entiende lo consiente y le place; ó finalmente, si entra sin mandado sobre cosa que otro debe dar ó hacer, en cuya utilidad lo hace, aunque este no lo consienta. Y cuanto pagare en alguno de estos casos el fiador por el deudor, debe este dárselo ó hacérselo cobrar, *l. 42. d. tit. 12. (1)*, que en seguida pone tres casos de escepcion: I. Si paga el fiador la deuda con intencion de dársela al deudor, para nunca pedírsela. II. Si la fiadura es hecha por utilidad del mismo fiador. III. Si entró fiador contradiciendo el deudor. Si por mandamiento de Pedro entrases fiador por Juan que estaba ausente, sin habértelo mandado, y pagases algo por Juan de quien eras fiador, no se lo podrás demandar: lo deberás pedir á Pedro, por cuyo mandato hiciste la fiadura. Pero si cuando la hacías estaba presente Juan, y no lo contradijo, ó la hacías en nombre suyo estando él ausente, y es en utilidad suya, tendrás la eleccion de pedirlo á Pedro ó á Juan, y los dos estarán obligados á pagártelo, *l. 43. d. tit. 12.*

43 Si reconvenido el fiador no quisiere oponer la escepcion perentoria que tenia, y vencido pagare la deuda, no la podrá recobrar del deudor; porque se presume que lo hace engañosamente para hacerle perder su derecho. Pero si la escepcion que podia oponer, solo era personal para sí ó para el deudor, bien lo podrá recobrar, *l. 45. d. tit. 12.*; cuya doctrina en el caso de ser la escepcion personal para el deudor, la limita Greg. Lóp. en la *glosa 10.* al caso en que el fiador no pudo avisarle, para que hiciere uso de su escepcion; y en la 9. trabaja mucho en formar el caso. No impide al fiador el poder cobrar del deudor lo que pagó por él, haberlo pagado por su voluntad sin reconvenccion judicial; pero si la deuda era á plazo, y la pagó ántes de venir este, babrá de esperar á que venga, *l. 46. d. tit. 12.*; la que tambien espresa, que por la muerte del fiador pasan á sus herederos todos los efectos de la fiadura; lo que es general en todos los contratos, á escepcion de la compañía

(1) *L. 6. § 2. l. 48. l. 20. § 4. mand. v. contr.*

y mandato, por las razones especiales que en ellos concurren, segun lo manifestamos en su esplicacion.

44 No puede el fiador pedir al juez, que el deudor le liberte de la fiadura ántes de pagar cosa alguna de la deuda, *l. 44. d. tit. 12.* que pone en seguida cinco casos de escepciones: I. Si fuere ya condenado á pagar toda la deuda ó parte de ella. II. Si dura ya mucho tiempo en la fianza, cuya tasa pertenece al arbitrio del juez. III. Cuando el fiador viendo que viene el plazo, quiere pagar para no caer en la pena que se puso, ni él, ni el deudor, y el acreedor rehusa admitir la paga, y entónces la deposita en buena parte ante testigos. IV. Cuando se constituyó fiador hasta cierto dia, y este pasó ya. V. Cuando el deudor empieza á desgastar sus bienes.

45 Queremos aquí al fin de este título advertir, que además de la caucion de fiadores de que acabamos de hablar, se reconocen en el Derecho otras para asegurar la deuda al acreedor, cuales son las de peños ó prendas, que tienen lugar y se admiten en los casos de poder ó personería que refiere la ley 21. *tit. 5. P. 3.*, y á esta clase pertenecen todas las hipotecas y la juratoria, por la que promete alguno con juramento que pagará ó hará lo que resultare deber pagar ó hacer. Esta se exige cuando el deudor no tiene bienes, y dice no encontrar fiadores debiéndolos dar, *l. 44. tit. 2. P. 3.*

### TÍTULO XVIII.

#### DE LOS PEÑOS Ó PRENDAS.

Tít. 43. P. 5. y tít. 34. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea peño, y sus especies.*
2. *Se esplican, y el especial, y efectos que producen.*
3. *Quiénes pueden dar á peños, y qué han de probar.*
4. 5. *Qué cosas no pueden ser empeñadas.*
6. 7. *Qué sea hipoteca espresa, y qué tácita; y modos y casos en que esta se constituye.*

(1) *Tit. 4. lib. 20. Dig.*

8. 9. 40. *Derechos del acreedor en la hipoteca especial.*  
 44. *El dueño es preferido á todos los acreedores.*  
 12. *Cinco clases de acreedores, relativas á quiénes deben ser preferidos á los otros cuando concurren á cobrar.*  
 13. *Quiénes pertenecen á la primera.*  
 14. *Quiénes á la segunda.*  
 15. *Las clases por su orden tienen preferencia una sobre otra; y qué preferencia haya entre los de la primera.*  
 16. 17. 18. 19. 20. *Preferencias que tienen entre sí los de las otras clases.*  
 24. *Modos de extinguirse las obligaciones de peños.*

1 Adoptamos tambien aquí el buen método del libro de las *Partidas* en poner inmediatamente despues del título de las *fiaduras* el de los peños, porque no ménos la obligacion de estos, que las de las *fiaduras*, es accesoria de otra obligacion principal, para cuya mayor seguridad se hace, *princ. del tit. 43. P. 3.* Peño, hablando con rigor y propriamente, es *Aquella cosa que un hombre empeña á otro, apoderándole de ella, y mayormente cuando es mueble.* Mas segun el largo entendimiento de la ley, toda cosa sea mueble ó raíz, que sea empeñada á otro, puede ser dicha peño, aunque no fuese entregado de ella aquel á quien la empeñasen. Segun el modo regular de hablar, que tambien adoptan los autores, cuando la cosa empeñada no se entrega al acreedor, se llama *hipoteca*, y suele ser raíz, y cuando se entrega, y suele ser mueble, *prenda*; y á este tenor hablaremos aquí cuando nos parezca mas proporcionado. Se divide el peño en voluntario, y necesario ó judicial; tambien en espreso, y tácito ó callado; y en general, y singular ó particular. El voluntario se suele llamar tambien convencional, porque casi siempre se constituye por convencion de las partes; pero no hay impedimento en que se constituya por testamento, como si un testador legase á Pedro cien pesos annos, hipotecando para el pago sus bienes raíces que dejaba á su heredero. Del judicial hablaremos mas adelante.

2 Peño general es, cuando uno obliga los bienes que

tiene y tendrá en lo sucesivo: de cuya generalidad solo se exceptúan aquellas cosas que verosimilmente nadie quiere obligar, cuales son las cosas de su casa que há menester cada dia para el servicio de su cuerpo y de su compañía, así como su lecho y el de su mujer, y la ropa y las cosas de su cocina que há menester para el servicio de su comida, y las armas y el caballo de su cuerpo, y otras semejantes, *l. 5. d. tit. 43.* Especial es, cuando uno obliga una sola cosa, ó algunas señaladamente, y entónces solo se estiende esta obligacion á las cosas señaladas; y se interna tanto en ellas este derecho del acreedor, que la conserva, aunque la cosa mudare de estado, como si por ejemplo fuese casa y se derribase, ó tierra calva y se plantasen en ella majuelos ó árboles: y tiene tambien lugar en las mejoras y crecimientos, como si siendo tierra al lado de un rio, se aumentase algo por el aluvion; pero si el tal acreedor tuviese en su poder la cosa, lo debe restituir todo al deudor, pagándole este la deuda, y las despensas que hubiese hecho en esta razon, *l. 15. d. tit. 43.* Y alcanza el derecho de peños á los frutos de la cosa empeñada, enajenada despues por el que la empeñó en los términos siguientes: si el que empeñó su heredad la vendiese ó enajenase de otra manera, despues de haberla sembrado, estarán tambien obligados los frutos que sembrados ántes nacieron despues: lo contrario seria, si el que la compró la sembrase siendo ya tenedor de ella, *l. 16. d. tit. 43.*

3 Los que tienen poder de enajenar la cosa, porque son dueños de ella, la pueden empeñar á otro; y aun aquellos que tienen algun derecho en las cosas, aunque no tuviesen el señorío de ellas. Y tambien, si esperando alguno el señorío de alguna cosa, la empeñase ántes de tenerle, y despues de haberla empeñado le adquiriere, quedaria empeñada, como si la hubiere dado á peños despues que era ya dueño, *l. 7. d. tit. 43.* Greg. Lóp. en la *glosa 2.* dice sobre el caso de aquel que tiene derecho, que desde luego quedaria obligado este; y adquirida la cosa en virtud del derecho que obligó, lo estaria la cosa. Y en apoyo de esta su opinion hubiera podido citar la *ley 18. d. tit. 43.* que establece, que para poder el acreedor hacer uso de su derecho de peños ha de probar dos cosas: la una, que le empeñaron la cosa; la otra, que quien la empeñó era dueño á la sa-

zon del empeñamiento; y probando esto, se le debe entregar la cosa empeñada que demanda: bien que el mismo Lóp. en la *glos. 1. de d. ley 18.* dice, que el requisito del dominio solo es necesario cuando el acreedor quiere intentar la acción hipotecaria contra un tercer poseedor, y con efecto de él habla la *ley*; pero para intentarla contra el mismo que empeñó la cosa, le basta probar que este tal la poseía con buena fe al tiempo en que la empeñó.

4 Pueden ser dadas á peños las cosas que están en el comercio de los hombres, y aunque estuvieren todavía por nacer, como los partos de los ganados, y los frutos de los campos ó árboles, bien sean cosas corporales, bien incorpóras. Y si estuvieren en poder del que las recibió á peños, los frutos y provechos que este percibié de ellas, los debe descontar de lo que dió sobre la cosa empeñada, porque todos pertenecen al deudor, *l. 2. d. tit. 13.* Y es la razón, porque las cosas no se dan á peños para que las disfrute el que las recibe, sino para que le sirvan de seguridad para cobrar lo que se le debe, *l. 1. d. tit. 13.* Y como en nuestra España están justamente prohibidas las usuras, como veremos en su lugar, no admitimos el pacto llamado *anticreseos*, que admitieron las leyes romanas (1), reducido á que gane el acreedor las usuras ó frutos de la cosa que hubiese recibido en peños, si así se pactare; el cual fué reprobado como á usurario en varios capítulos del Derecho canónico (2). Pero sí que admiten nuestros autores la doctrina del famoso capítulo Salubriter 16. *de usur. de las Decretales de Gregor. IX.*, de que el marido que sostiene las cargas del matrimonio, puede percibir y retener, sin imputar en la suerte ó capital, los frutos de los bienes que se le hubiesen dado á peños, en seguridad de la dote que habian de darle, como compensatorios de dichas cargas, como lo prueban bien Gómez en la *l. 50. de Toro n. 30.* Castill. libro 3. *controv. n. 23.* y latísimamente el Señor Covarr. *var. cap. 1. n. 3.* recorriendo muchos casos. Las cosas que están fuera de comercio, como las sagradas, religiosas, y el hombre libre, no pueden ser dadas á peños. Pero en cuanto á dichas cosas véanse los casos de escepcion en que se pueden vender, en el *tít. 10. n. 11.* y en los mismos es pre-

(1) *L. 4. § 5. l. 44. § 1 de usur.*

(2) *Cap. 1. cum. seq. extra de usur. cap. 4. 6. de pignor.*

ciso digamos, que se pueden empeñar, *l. 3. d. tit. 13.* que menciona tambien esta escepcion. Por lo tocante al hombre libre, ponen asimismo escepcion en dos casos de suma necesidad las *leyes 8. y 9. tit. 17. P. 4.* Aunque el hombre libre no puede ser dado á peños, no hay impedimento para que pueda ser dado en rehenes, por razón de paz ó tregua que firmasen algunos entre sí, ó por otra seguridad semejante á esta. Y aunque la convencion sobre que fué dado, no fuese guardada, con todo, no le deben matar ni herir ni darle pena ninguna, ni hacerle mal alguno. Podrán solamente tenerle guardado hasta que se cumpla el tiempo determinado, *d. l. 3.*

5 Tampoco puede ser dada á peños la cosa ajena, sin mandado de aquel cuya es. Pero si despues lo supiere y consintiere su dueño ó diere por firme, ó estando delante callare y no lo contradijere, valdría el empeñamiento, como si se hubiere hecho por su mandado, *l. 9. d. tit. 13.* Si despues de haber empeñado uno á Pedro alguna cosa, la empeñara á otro, sin sabiduría ni mandado de Pedro, no valdría el segundo empeño, si no es que la cosa valiese tanto, que bastase para pagar á los dos. Y si habiéndola empeñado por tanto cuanto valia, la empeñase despues á otro, sin sabiduría ni mandado del primero, estaria obligado á dar otro peño al segundo, que valiese tanto como habia recibido de él. Y ademas de esto le puede poner pena el juez, segun su arbitrio, por el engaño que hizo; y esto mismo debe ser guardado cuando empeña cosa ajena, no lo sabiendo aquel que la recibe en peños, *l. 10. d. tit. 13. P. 3.*

6 Hipoteca espresa es aquella que se manifiesta por las mismas palabras de los que la constituyen. Tácita ó callada, la que se constituye por la ley, ó bien apoyándola la voluntad presunta de las partes, (la que por eso llaman algunos *convencional*) ó bien sin atender á voluntad alguna, que por lo mismo suelen llamar puramente *legal*. De la primera de estas dos especies es la que tiene el dueño de la casa arrendada en las cosas que se hallaren en ella, para asegurar la cobranza del arrendamiento, y los menoscabos que le hubiere ocasionado en ella el arrendador. Y lo mismo, si la cosa arrendada fuese campo, en las cosas que allí hubiere metido el arrendador; con sola la diferencia de que en el campo es menester que las cosas hubiesen sido me-

tidas con ciencia del dueño, la que no es necesaria en las casas, como lo hemos explicado con estension en el *tit. 13. n. 7.* con referencia á la *ley 5. tit. 8. P. 5.*, que así lo establece (1). Y de la misma especie es la que tiene el dueño de un campo que arrendó, en los frutos que produjo, *l. 6. tit. 11. lib. 10. y ley 15. tit. 31. lib. 11. de la Nov. Rec. n. 3. (2)*; y la que tiene el legatario en los bienes del testador, *l. 26. d. tit. 13. (3)*; y últimamente la que compete al que prestó dinero para guarnir ó rehacer alguna nave, ó para hacer ó reparar alguna casa ú otro edificio, en la nave, ó casa en que se hubiese empleado el dinero, *d. l. 26. v. E aun, d. tit. 13. P. 5.*

7 De la hipoteca meramente legal, que nace de la ley sin respecto á la voluntad de las partes, hay tambien varias especies: I. La que tiene el fisco en los bienes de los que le deben tributos, y en los de aquellos que recogen los pechos del rey, ó hacen arrendamiento ú otro convenio para recobrar sus derechos, *l. 25. d. tit. 13. (4)*. II. La del pupilo en la cosa que otro le compró, hasta que haya cobrado todo su precio, *d. l. 25. (5)*. III. La que tienen los menores en los bienes de sus guardadores, desde el dia que empezaron á usar su oficio, hasta que hayan dado las cuentas, *l. 23. d. tit. 13. (6)*. IV. La que tiene el marido para asegurar la cobranza de la dote que se le prometió en los bienes del que le hizo la promision, fuese su mujer, ó fuese otro; y la que tiene la mujer en los bienes de su marido por razon de la dote ó bienes parafernales que recibió con ella, *d. l. 23. l. 17. tit. 11. P. 4. (7)*. V. La que compete á los hijos en los bienes de su madre que casó segunda vez, por razon de las donaciones que le hizo su primer marido, padre de dichos hijos, á cuyo favor están reservadas, *l. 26. d. tit. 13. (8)*. VI. La que tienen los hijos en los bienes de su madre, que despues de haber sido su guardadora, siendo viuda, casa con otro, y en los de este otro su padrastro, hasta que diere cuentas, *d. l. 26. (9)*. VII. La que tienen los hijos por razon de sus bienes maternos, en los de su padre fructua-

(1) L. 4. in quib. caus. pign. v. hypot. tac. const. L. 5. C. de locat.

(2) L. 7. d. tit. in quib. caus. (5) § 2. Inst. de legat.

(4) L. 1. C. in quib. caus. pign. L. 1. C. de priv. fisc.

(5) L. 7. qui pot. in pign. (6) L. 20. C. de admit. tut.

(7) L. un. § 1. C. de rei uxori. act. l. ult. C. de pac. conv.

(8) L. 6. § 1. C. de secund. nupt. (9) L. 6. C. in quib. caus. pign. v. hypot.

rio de ellos que los administra; y si acaso los bienes del padre no fueren bastantes, podrán demandar los suyos á cualquiera que los tuviere, si no es que fueren herederos de su padre, *l. 24. d. tit. 13. P. 5.* El que empeña la escritura de compra de alguna cosa, se entiende empeñar la misma cosa, *l. 14. d. tit. 13.*

8 Veamos ahora los derechos que tiene el acreedor en la cosa empeñada, cuando el peño es especial. Puede demandar al que se la empeñó ó á sus herederos, que se la entreguen. Y si este, antes de habérsela entregado, la diese, vendiese, empeñase ó enajenase de cualquier manera, entregándola á otro, debe aquel á quien se empeñó primeramente, pedir al deudor todo lo que le habia dado sobre ella; y si lo pudiese cobrar, debe dejar en paz al que la tiene. Pero si no lo pudiese conseguir de él, entónces puede pedir la cosa al que la tuviere, *d. l. 14. d. tit. 13.* de suerte; que el acreedor debe guardar en esto el mismo orden que contra el fiador, de haber de reconvenir primero al deudor que contrajo la obligacion. Pone en seguida *d. l. 14.* la escepcion en el caso que el deudor hubiese enajenado la cosa despues que el acreedor le movió pleito sobre ella; en el cual tendrá el acreedor la eleccion de demandar la deuda al deudor, ó la cosa empeñada al que la tenia, segun mejor le pareciere. Si diste á Pedro en prenda un campo por 200 pesos que te prestó, y despues contrajiste á su favor otra deuda de 100 sencilla, sin espresion alguna de peños, y le pagares los 200, tendria sin embargo derecho de retener tu campo hasta que le pagues los 100. Cuyo derecho tiene tan solamente contra ti y tus herederos, de manera que si acaciese que estando en poder de Pedro el campo, le vendieses á otro, podria este pedir á Pedro que se lo entregara, pagándole solo los 200 pesos por que fué empeñado, sin poderlo Pedro resistir á título que todavia se le debian los 100, *l. 22. d. tit. 13. (1)*.

9 Si al tiempo de constituirse el peño pactasen el acreedor y el deudor, que si este no le redimia hasta cierto tiempo, pudiese aquel vender la cosa empeñada, la podrá vender pasado el término, en la manera convenida; pero deberá antes hacerlo saber al deudor que la empeñó, si se

(1) L. un. C. etiam ob chirograph.



hallase en el lugar; y si no le hallare, á aquellos que encontrare en su casa. Y si el acreedor lo hiciere así, ó no lo pudiere hacer por alguna razon, puede proceder á hacer la venta públicamente en almoneda á buena fe y sin engaño, devolviendo al deudor las sobras del precio sobre el valor de la deuda, ó cobrando las faltas si las hubiere, *l. 41. d. tit.*

13. Si el empeñamiento se hubiese hecho sin espresarse tiempo de redención, ni cosa alguna sobre venta de la cosa, y habiendo requerido el acreedor al deudor delante de hombres buenos que la redimiera, este no quiso redimirla, y hubiesen pasado 12 dias, si la cosa era mueble, ó 30 si fuere raíz, la puedé vender dende allí adelante.

10 Y últimamente, si al empeñar la cosa pactaron los contrayentes, que el acreedor no pudiese vender la prenda, podrá sin embargo venderla, si requiriere tres veces delante de buenos hombres al deudor que la libertara, y pasasen despues de ello dos años. Y tanto en este caso como en el antecedente, se debe tambien hacer la venta de buena fe en almoneda, *l. 42. d. tit. 13. P. 5.* No puede el mismo acreedor comprar la prenda, si no es que lo hiciera con placer de su dueño. Pero si puesta en almoneda no se encontrare comprador, por miedo ó algun respeto á su dueño, podrá pedir al juez que la otorgue por suya, y el juez lo deberá hacer, atendiendo á la cantidad de la deuda y valor de la prenda, *l. 44. d. tit. 13.* Tiene facultad el acreedor de empeñar á otro la cosa que él hubiese recibido á peños; pero si sucediere que el deudor le pagase lo que le debia, podrá recobrarla del segundo á quien se empeñó, el cual tendrá derecho de exigir del primero que le dé otro peño igual, ó que le pague lo que le debe, *l. 35. d. tit. 43.* Puede constituirse el peño so condicion, ó á dia cierto, y entónces no tiene derecho el acreedor á que se le entregue la prenda hasta que se cumpla la condicion, ó venga el dia, si no es que el deudor se hubiese de ausentar; en cuyo caso le tendrá para que se le entregue, ó para que le dé seguridad de que se la entregará cumplida la condicion, ó venido el dia, *l. 17. d. tit. 43.*

14 Porque con frecuencia se mueven pleitos entre los acreedores, sobre quiénes deben ser preferidos á los otros, queremos examinar este asunto con alguna estension, sin limitarnos á los hipotecarios de que hemos hablado, por

considerar conducir á la mayor claridad y perfecto conocimiento el hablar de todos. Y advertimos ántes de entrar en esta discusion, que si alguno quiere vindicar ó pedir por derecho de dominio alguna cosa que estaba en poder del deudor, como, por ejemplo, un caballo el que le depositó en poder de Pedro, es preferido á todos los acreedores de este en su razon, *ley 9. título 3. P. 5. al fin, vers. Mas.* Pero si lo depositado fuese cosa que se suele contar, pesar ó medir, no tendrá esta prelacion el deponente, *d. l. 9.,* cuya razon señala Greg. Lóp. en su *glosa 4.* diciendo que en este caso le falta el dominio, que pasa al depositario: lo que establece espresamente la *ley 2. d. tit. 3.*

12 Viniendo con este antecedente á los acreedores, decimos, que sus clases, que vamos á espresar, tienen prelacion las unas sobre las otras en el órden que las pondremos; y que cuando concurren dos de una misma, es preferido regularmente el que tiene mas antiguo el derecho, *l. 27. d. tit. 43. (1),* que en seguida pone por via de excepcion un caso, que bien examinado no lo es; porque el que allí se dice segundo, solo es en cuanto á haber contraído despues; pero tuvo seguro el derecho de peños ántes del que trato primero, y de ahí nace la prioridad (2). Las leyes romanas esplicaban este derecho de prioridad por una regla muy concisa y hermosa: *Qui prior est tempore, potior est jure;* esto es, *el que es primero en el tiempo, es preferido en el derecho.* Los intérpretes hacen cinco clases. En la I. colocan á los singularmente privilegiados: en la II. á los hipotecarios privilegiados: en la III. á los hipotecarios no privilegiados: en la IV. á los no hipotecarios privilegiados, que solo tienen privilegio meramente personal; y en la V. á los no hipotecarios sencillos, que no tienen privilegio alguno, de los cuales tenemos en España tres especies, que pueden tambien formar clases subalternas de preferencia, como luego veremos.

13 A la primera clase pertenecen los que gastaron para enterrar al difunto, para recobrar las despensas que en ello hicieron: cuyo cobro le prefiere espresamente la *l. 12. tit. 43. P. 4.* á todas las deudas que debia el difunto, de cualquier manera que las debiese, con la prevencion, de

(1) *L. 2. l. 4. et passim. C. qui potior in pign.*

(2) *L. 44. D. qui pot. in pign.*

que dichas despensas sean hechas mesuradamente, segun las circunstancias del difunto; y refiere qué cosas deben entenderse por estas despensas (1), añadiendo, que primero se hagan de los bienes muebles del difunto, si los hubiere, y en su defecto de los inmuebles. Pero téngase presente, y acomódese aquí lo que sobre gastos de entierro dijimos en el *título 5. núm. 48.* y en el *6. núm. 26.* Y son tambien de esta primera clase los acreedores á quienes se les debe pagar por razon de la faccion del testamento del difunto, inventarios ú otra diligencia semejante, necesaria á formar el patrimonio para proceder á la paga de las deudas, *l. 8. tit. 6. P. 6.* que compara estos gastos con los del entierro (2). Góm. *in l. 30. Tauri*, en donde añade deberse decir lo mismo de lo que se gastó en la enfermedad del difunto.

14 Pertenece á la segunda clase los acreedores hipotecarios privilegiados, cuales son, I. El fisco por lo que se le debe, y la mujer en los bienes del marido, por razon de su dote, *l. 33. d. tit. 43. P. 5. (3)*. II. El que dió dinero para rehacer ó reparar una nave, casa ú otro edificio, ó para guarnecer la nave de armas ú otras cosas que fuesen menester, ó para dar de comer á los marineros ó gobernadores de ella, y con efecto se empleó en ello el dinero; porque este en razon del derecho de hipoteca que tiene sobre la nave, ó bien espresa, ó aunque fuese tácita, es preferido al que tuviere de antemano empeñada la nave ó casa á su favor, *l. 28. d. tit. 43. (4)*, que da la razon de esta preferencia, diciendo: *Porque con los dineros que él dió, fué guardada la cosa que se pudiera perder.* El huérfano en la cosa comprada con dinero suyo, respecto de otro acreedor hipotecario, á quien estuviere empeñada por el mismo que la compró, por hipoteca general, *l. 30. d. tit. 43. (5)*. IV. El que prestó dinero á Pedro, que tenia todos sus bienes hipotecados en hipoteca general á otro, para comprar alguna cosa, con el pacto de que esta cosa le debia estar hipotecada, pues tendria el que prestó preferencia en la cosa comprada al hipotecario general, *d. l. 30. (6)*. V. Los señores de las tierras en los frutos que producen para

(1) *L. 44. § 4. l. pen. de relig. et sumpt. fun.*

(2) *L. ult. § 9. C. de jur. deliber. (3) L. ult. C. qui potior in pign.*

(4) *L. 5. qui potior in pign. l. 6. eod. (5) D. 1. 6. (6) L. 7. eod.*

cobrar su renta ó arrendamiento, en los que establece *l. 6. tit. 44. lib. 10. y ley 15. tit. 31. lib. 41. de la Nov. Rec.* que sean preferidos á los otros acreedores de cualquiera calidad que sean.

15 Los de esta II. clase ceden siempre á los de la primera, y así sucesivamente, como hemos insinuado; pero si se moviere lucha entre dos de una de estas dos clases, no hay apoyos de leyes espresas, ni opinion generalmente recibida para decidirla. Diremos sin embargo algo, con sujecion como siempre á los que pensaren mejor. Por lo tocante á la primera, que debe ser preferido á todos el que solicita recobrar lo que gastó en el entierro del difunto, porque ademas de tener algun apoyo su prioridad en las muchas leyes que hablan de su privilegio, lo persuade así el estar establecido por la causa pública y de la religion, que tanto interesan que estén espeditos los medios de facilitar los entierros de los cadáveres.

16 Para los casos en que disputaren algunos de la II. clase, no encontramos tan buen apoyo para la decision; pero no dejan de dar alguna luz las palabras con que las leyes conceden el privilegio, y las razones que le han motivado. Con respecto á todo esto nos parece, que los dueños de las tierras deben ser preferidos en los frutos nacidos de ellas á cualquier otro privilegiado. Lo persuaden las palabras de la ley, y el considerar, que ni los dueños, ni los colonos ó arrendadores debieron tener la intencion de que los frutos se hicieran de estos, sino por medio de la paga; y de consiguiente, que no habiéndose hecho esta, permanecen de algun modo en el dominio del dueño, y les detiene el colono como por depósito: lo cierto es, que estando pendientes, antes de percibirse son del dueño de la tierra como parte de ella (1). Tambien nos inclinamos á que por lo tocante á nave ó casa, debe preferirse á todos el que dió dinero para su refaccion ó reparo, por la sólida y preferente razon que hemos manifestado, espresada en la citada *l. 28. d. tit. 43.* que le concede la prelación. Del fisco y de la mujer por razon de su dote, suele decirse, que corren á un mismo paso. Su privilegio consiste en tener preferencia á los acreedores hipotecarios que tienen á su

(1) *L. 44. de rei vind.*

favor hipoteca tácita anterior; però no si esta fuese expresa, *d. l. 33. d. tit. 13.* Y se estiende á los descendientes de la mujer, pero no á sus herederos estraños, aunque si que les alcanza el derecho de hipoteca, como prueban Greg. Lóp. en la *glos. 6. de dicha l. 33. y Anton. Góm. en la l. 50. de Toro, n. 45.* Si esta prelación de la mujer le compete tambien por razon de sus bienes parafernales, es cuestion no decidida en nuestras leyes. La comun opinion lo niega, Cov. *1. var. cap. 7. n. 1. Vela disert. 2. n. 64.* En los casos que acabamos de referir, cesa la regla que hemos notado al *n. 12.* de tener preferencia el que tuviere el derecho mas antiguo; pero sí que tendrá lugar, cuando la competencia fuere entre herederos de persona de una misma especie. Si sucediere pues el caso de que habiendo tenido Pedro dos mujeres, solicitaran los herederos de ambas el cobro de su crédito dotal, tendrian preferencia los de la primera, *d. l. 33. tit. 13.*, la que añade en seguida una escepcion digna de saberse, y es, que si en los bienes del marido fuesen halladas algunas cosas que fuesen primeramente de la segunda mujer, estas tales en salvo deben fincar en ella y á sus herederos; y prueba Greg. Lóp. en la *glos. 7. d. l. 33.*, deber entenderse tambien esta doctrina cuando dichas cosas hubiesen sido dadas estimadas en estimacion que hizo venta. No nos atrevemos á avanzar mas en asunto tan delicado, ni corresponde á un mero institutista.

47 A la tercera clase de acreedores pertenecen los hipotecarios no privilegiados, en la cual obra de lleno la famosa regla de ser preferido el que tiene el derecho mas antiguo, *l. 27. d. tit. 13.* que hemos citado arriba *n. 12.*, esplicando cómo debe entenderse con referencia á la regla, la que pone como limitacion; la que no consideramos contraria ó escepcion. Ni lo es tampoco, aunque lo parezca á primera vista, la *l. 31. d. tit. 13.* en cuanto dice, que el acreedor que probare con escritura hecha por mano de escribano público habersele hipotecado alguna cosa, es preferido á otro que lo acreditase á su favor por carta en que lo escribió por su mano misma el deudor, ó haciendo pacto de esta obligacion ante dos testigos, aunque esta obligacion fuese anterior á la de la escritura pública. Porque si se mira con atencion esta decision, con lo restante de la ley, se

conoce fundarse en que el escrito privado no está enteramente libre de sospecha, de que pudo ponerse su fecha con anterioridad al tiempo en que verdaderamente se hizo, cuya sospecha no puede caber contra la escritura pública.

48 Lo persuade tambien así la segunda parte de la *misma ley*, en que establece seria preferido al de la escritura pública el que tuviere á su favor el documento privado, si este fuese hecho por mano del deudor, y firmado con tres testigos que escribiesen en él sus nombres, con sus manos mismas; y da la razon Greg. Lóp. en la *glos. 8. de d. l. 31.* de tener fuerza de instrumento público el documento ó carta con estas circunstancias: que es lo mismo que decir, que está tan libre de sospechas de fraude, como la escritura pública. Y con arreglo á esta doctrina prueba bien Covarr. *pract. quest. cap. 12.* tratando latamente de este asunto, que siempre que constase plenamente, que la carta ó escritura privada era mas antigua que la pública, debería ser preferida á esta. La *l. 13. d. tit. 13.* contiene una especie digna de notarse en este particular, y es, que si el juez ha mandado dar alguna cosa en peños á Pedro, y ántes que se le entregue, la empeña su amo á otro en peño convencional, y se la entrega, es este preferido: cuya doctrina la pone como ejemplo de una regla que establece, á saber, que los empeños que manda hacer el juez, no obligan hasta que se entregue la prenda, á diferencia de los convencionales, que son obligatorios luego que los otorgan las partes.

49 De la IV. clase de acreedores solo encontramos uno en nuestras leyes, que es el deponente que dió en depósito cosas que se suelen contar, pesar ó medir, por cuenta, peso ó medida, en cuyo caso pierde el dominio de ellas, como vimos arriba al *n. 11*; pero tiene en ellas privilegio de ser preferido á los demas acreedores que no sean hipotecarios, *l. 9. tit. 3. P. 5.* y en su *glos. 3.* Greg. Lóp. La V. clase en que se coloca á los acreedores, que ni tienen hipoteca ni privilegio alguno, la tenemos subdividida en tres especies, órdenes ó clases, en la *ley 5. tit. 24. lib. 40. de la Nov. Rec.* Manda que los acreedores que acreditan su crédito por escritura pública, sean preferidos á los otros. En segundo lugar, que los que prueban por documento privado escrito en el papel sellado que corresponde á su calidad y cantidad, tengan prelación sobre los que solo

apoyan su crédito en papel comun ú ordinario, que por esto están en el orden tercero y último. En los que pertenecen al orden segundo, da lugar á la regla de prioridad que hemos explicado, donde dice: *Dándoles lugar entre sí mismos conforme á su antelación*. Cuya regla, aunque no la espresa en los del orden primero, debemos creer ser su intencion que se observase tambien en ellos, porque sobre no aparecer razon alguna de diferencia, tiene la equidad que es notoria.

20 Pero no creemos se deba observar en los del orden tercero, porque sobre no espresarse en la ley, dice con mucha razon la misma, que tales escritos están sujetos á grandes fraudes por las antedatas y postdatas, y otros inconvenientes que en ellos se suelen hacer, por los cuales aparecen mas antiguos de lo que son. Solo habla la ley de los acreedores quirografarios ó no hipotecarios; pero teniendo tanto lugar en los hipotecarios no privilegiados la citada regla, y pudiendo ocurrir en los escritos de sus obligaciones los mismos fraudes que quiso evitar, no dudamos en afirmar, que todo lo que acabamos de decir en cuanto á los quirografarios, debe observarse en los hipotecarios no privilegiados.

21 Para concluir *este título*, solo falta que veamos los modos por los que se estingue ó acaba la obligacion de peños. Como es accesoria, es preciso se acabe por todos aquellos por que se estingue la principal, de los que trataremos mas abajo en el *tít. 23*. Y hay otros en que conservándose esta, se acaba ella por sí misma, y son: I. Si se pierde ó consume enteramente la prenda sin culpa del deudor segun aquel famoso axioma: *Los deudores de cierta especie, por perecer esta sin culpa suya, se libertan* (1). Dijimos *enteramente*, porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiese mudado de estado, se conserva en lo que quedare, como vimos arriba al *n. 2. (2)*. II. Por la remision ó condonacion del acreedor espresa ó tácita. En la espresa no hay dificultad. La tácita se entiende cuando ocurre algun caso que la hace presumir y prueba: tal es si el acreedor restituyese al deudor la prenda ó la cautela de su derecho, por cuya restitucion se entenderia que le remi-

(1) L. 25. de verb. oblig. (2) L. 21. de pign. act.

tia el derecho de peños, pero no la deuda, si no es que dijese manifiestamente que se la perdonaba *l. 40. d. tit. 13. (1)*. Por la prescripcion, si alguno poseyere la prenda con buena fe por espacio de 30 años, sin distinguir cuál sea el poseedor, al tenor de lo que dijimos de los censos en el *tit. 14. núm. 43. y siguientes*: cuya doctrina puesta allí con estension, es enteramente aplicable al asunto de peños de que hablamos.

## TÍTULO XIX.

### DEL CONTRATO LITERAL, Y DE LOS REALES (2).

1. 2. 3. *De la obligacion literal.*  
 4. 5. 6. 7. 8. *Del contrato del mutuo, y de la prohibicion de darse mutuo á los hijos de familia.*  
 9. 10. *Del comodato.*  
 11. 12. 13. 14. 15. *Del depósito.*

4 Decimos contrato literal al que para su constitucion son necesarias letras ó escrito, y sucede *Cuando alguno ha entregado á otro algun escrito en que confiesa haber recibido de él en préstamo alguna cosa que no la ha recibido, y ha dejado pasar dos años sin reclamar que no se le ha prestado*. Así lo esplica la *l. 9. tit. 1. P. 5.*, que es la única de las nuestras que habla de este asunto. Usa de la palabra *cosa*; pero prueba bien Greg. Lóp. en su *glos. 1.*, que debe ser de aquellas que constan de peso, número y medida, y lo convence la misma ley, que mas adelante habla siempre de maravedís. Dentro de dos años puede el que entregó el escrito impedir que se forme ó perficione este contrato, sin estar él obligado, ó bien oponiendo la escepcion de no habersele entregado el dinero, si se le pide de justicia, ó protestar el no entrego, aunque no se le pida; y en su consecuencia, que se le devuelva el escrito ó vale suyo, que tiene el que se titula acreedor. Si los deja pasar sin valerse de alguno de estos remedios, estará obligado á pagar el dinero, como si le hubiese recibido, porque

(1) L. 5. de pact. (2) Lib. 5. Inst. tit. 15. et 22.