

lo hace engañosamente, para hacerle perder su derecho. Pero si la excepcion, que podia oponer, solo era personal para sí ó para el deudor, bien lo podrá recobrar, *l. 15. d. tit. 12.* cuya doctrina en el caso de ser la excepcion personal para el deudor, la limita Greg. Lop, en la *glos. 10.* al caso en que el fiador no pudo avisarle, para que hiciese uso de su excepcion; 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 reconvention judicial: pero si la deuda era á plazo, y la pagó ántes de venir este, habrá de esperar á que venga, *l. 16. d. tit. 12.* la que tambien expresa, 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 excepcion de la compañía y mandato, por las razones especiales, que en ellos concurren, segun lo manifestamos en su explicacion.

14. No puede el fiador pedir al Juez, que el deudor le liberte de la fiadura ántes de pagar cosa alguna de la deuda, *l. 14. d. tit. 12.* que pone en seguida cinco ca-

sos de excepciones: 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 reúsa 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.

TITULO XVIII.

DE LOS PEÑOS O PRENDAS.

Tit. 13. P. 5. y tit. 17. lib. 5. de la Recop. (1).

1. *Qué sea peño, y sus especies.*
2. *Se explican, y el especial, y efectos que producen.*
3. *Quiénes pueden dar á peños, y qué han de probar.*

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

4. 5. *Qué cosas no pueden ser empeñadas.*
 6. 7. *Qué sea hipoteca expresa, y que tácita; y modos y casos en que esta se constituye.*
 8. 9. 10. *Derechos del acreedor en la hipoteca especial.*
 11. *El dueño es preferido á todos los acreedores.*
 12. *Cinco clases de acreedores, relativas á quienes 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. *Preferencia que tienen entre sí los de las otras clases.*
 21. *Modos de extinguirse las obligaciones de peños.*

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. 13. P. 5. 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 fuere 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 expreso 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 de que se constituya por testamento, como si un testador legase á Pedro cien pesos ántuos, hipotecando para el pago sus bienes raíces que dexaba 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 exceptuan aquellas cosas, que verosímilmente nadie quiere obligar, cuales son las cosas de su casa que ha menester cada dia para el servicio de su cuerpo y de su compañía, así como su lecho y el de su muger, y la ropa y las cosas de su cocina, que ha menester para el servicio de su comida, y las armas y el caballo de su cuerpo, y otras semejantes, *l. 5. d. tit. 13.* Especial es, cuando uno obliga una sola cosa, ó algunas señaladamente, y entónces solo se extiende esta obligacion á las cosas señaladas, y se interna tanto en ellas este derecho del acreedor, que le conserva, aunque la cosa mudare de estado, como si por exemplo fuese casa y se derribase, ó tierra calva y se plantase 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 la 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. 13. Y alcanza el derecho de peños á los frutos de la cosa empeñada, enagenada despues por el que la empeñó en los términos siguientes: si el que empeñó su heredad, la vendiese ó enagenase 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. 13.*

3 Los que han poder de enagenar 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 adquiriese, quedaria empeñada, como si la hubiese dado á peños despues que era ya dueño, *l. 7. d. tit. 13.* Gregor. Lop. en la *glos. 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
Tom. II. 31

citar la *ley 18. d. tit. 13.* 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 sazón del empeñamiento; y probando esto, se le debe entregar la cosa empeñada que demanda: bien que el mismo Lop. en la *glos. 1. de d. l. 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, ya sean corporales, ya incorporales. Y si estuvieren en poder del que las recibió á peños, los frutos y provechos, que este percibiere 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, (*l. 1. §. 3. l. 11. §. 1. de usur.*) 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 usurario en varios capítulos del derecho canónico (*Cap. 1. cum seq. extra de usur. cap. 4. cap. 6. de pignor.*). Pero si 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 compensatorias de dichas cargas, como lo prueban bien Gomez en la *l. 50. de Toro n. 30. Castell. lib. 3. contrav. 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 quanto á dichas cosas véanse los casos de excepcion, en que se pueden vender en el *tit. 10. n. 11.* y en los mismos es preciso digamos, que se pueden empeñar, *l. 3. d. tit. 13.* que menciona tambien esta excepcion. Por lo tocante al hombre libre, ponen asimismo excepcion 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 razon 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 agena, sin mandado de aquel cuya es. Pero si después lo supiere y consintiere su dueño, ó diere por firme, ó estando

delante calláre y no lo contradixere, valdria el empeñamiento, como si se hubiese hecho por su mandado, *l. 9. d. tit. 13.* Si después de haber empeñado uno á Pedro alguna cosa, la empeñara á otro, sin sabiduría ni mandado de Pedro, no valdria el segundo empeño, sino es que la cosa valiese tanto, que bastase para pagar á los dos. Y si habiéndola empeñado por tanto, quanto valia, la empeñase después 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, quando empeña cosa agena, no lo sabiendo aquel, que la recibe en peños, *l. 10. d. tit. 13. P. 5.*

6. Hipoteca expresa 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 apoyando 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 puramen-

te 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 metidas con ciencia del dueño, la que no es necesaria en las casas, como lo hemos explicado con extension en el *tit. 13. n. 7.* con referencia á la *ley 5. tit. 8. P. 5.* que así lo establece (*l. 4. in quib. caus. pign. v. hipot. tac. const. l. 5. C. de locat.*). Y de la misma especie es la que tiene el dueño de un campo, que arrendó, en los frutos que produjo, *l. 25. tit. 21. lib. 4. de la Rocopil. n. 3. (l. 7. d. tit. in quib. caus.).* Y la que tiene el legatario en los bienes del testador, *l. 26. d. tit. 13. (§. 2. Inst. de legat.).* Y últimamente la que compete al que prestó dinero, para guarnir ó rehacer alguna nave, ó para hacer ó reparar alguna cosa ú otro edificio, en la nave, ó casa en que se hubiese empleado el dinero, *d. l. 26. v. E aún, 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. (l. 1. C. in quib. caus. pign. l. 1. C. de priv. fisc.).* II. La del pupilo en la cosa que otro le compró, hasta que haya cobrado todo su precio, *d. l. 25. (l. 7. qui por. in pign.)* 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. 20. C. de adm. tut.*), *l. 23. d. tit. 13.* 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 muger, ó fuese otro; y la que tiene la muger 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. (l. un §. 1. C. de rei uxor. act. l. ult. C. de pac. conb.).* 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. (l. 6. §. 1. C. de secund. nupt)* VI. La que tienen los hijos en los bienes de su madre, que después 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. (l. 6. C. in quib. caus. pign. v. hypot.)* VII. La que tienen los hijos por razon de sus bienes maternos, en los de su padre fructuario de ellos, que los administra; y si acaso los bienes del padre no fueren bastantes, podrán demandar los suyos á cualquiera que los tuviere, sino 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, ántes de haberse entregado, la diese, vendiese, empeñase ó enagenase de cualquiera 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 pudiere cobrar, debe dexar en paz al que la tiene. Pero si no lo pudiere 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 órden que contra el fiador, de haber de reconvenir primero al deudor que contraxo la obligacion. Pone en seguida *d. l. 14.* la excepcion en el caso que el deudor hubiese enagenado la cosa después que el acreedor le movió pleyto sobre ella; en el cual tendrá el acreedor la eleccion de demandar la deuda al deudor, ó la cosa empeñada al que la tenga, segun mejor le pareciere. Si diste á Pedro en prenda un campo por 200 pesos, que te prestó, y después contraxiste á su favor otra deuda de 100 sencilla, sin expresion 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 acaeciese, que siendo en poder de Pedro el campo, le vendieses á

otro, podría este pedir à Pedro, que se lo entregára, pagándole solo los 200 pesos por que fué empeñado, sin poderlo Pedro resistir, á título de que todavía se le debían los 100. *l. 22. d. tit. 13. (l. un. C. etiam ob chirograph.)*

9. Si al tiempo de constituirse el peño pactasen el acreedor y el deudor, que si este no le redimiere hasta cierto tiempo, pudiese aquel vender la cosa empeñada, la podrá vender, pasando el término, en la manera convenida; pero deberá ántes hacerlo saber al deudor, que la empeñó, si se hallase en el lugar, y si no le hallare, á aquellos, que encontráre en su casa. Y si el acreedor lo hiciere así, ó no lo pudiere hacer por alguna razon, puede proceder á hacer la venta publicamente 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 expresarse tiempo de redencion, 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 puede 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, sino 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 el hubiese recibido á peños; pero si sucediere que el deudor le pagase lo que le debia, podrá recóbrarla del segundo, á quien se empeñó, el cual tendrá derecho de exigir del primero, que le dé otro peño igual, ó que le pa-

que lo que le debe, *l. 35. d. tit. 13.* Puede constituirse el peño, só condicion, ó á dia cierto, y entónçes no tiene derecho el acreedor á que se le entregue la prenda, hasta que se cumpla la condicion, ó venga el dia, sino 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. 13.*

11 Porque con frecuencia se mueven pleytos entre los acreedores, sobre quiénes deben ser preferidos á los otros, queremos exáminar este asunto con alguna extension, 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 está en poder del deudor, como, por exémplo, un caballo, el que le depositó en poder de Pedro, es preferido á todos los acreedores de este en su razon, *l. 9. tit. 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. Lop. en su *glos. 1.* de que en este caso le falta el dominio, que pasa al depositario: lo que establece expresamente la *ley 2. d. tit. 3.*

12 Viniendo con este antecedente á los acreedores, decimos que sus clases, que vamos á expresar, tienen prelacion las unas sobre las otras en el orden 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. 13. (l. 2. l. 4. et passim. C. qui potior. in pign.)*, que en seguida pone por via de excepcion un caso, que bien exáminado no lo es; porque el que allí se dice segundo, solo lo es en quanto á haber contraído despues: pero tuvo seguro el derecho de peños ántes del que trató primero, y de ahí nace la prioridad, (*l. 11. D. qui pot. in pign.*) Las leyes romanas explicaban 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 expresamente la *l. 12. tit. 13. P. 1.* á todas las deudas que debia el difunto, de cualquier manera que las debiese, con la prevención de que dichas despensas sean hechas mesuradamente, segun las circunstancias del difunto: y refiere qué cosas deben entenderse por estas despensas (*l. 14. §. 1. l. pen. de relig. et sumpt. fun.*), añadiendo, que primero se hagan de 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 diximos en *el tit. 5. n. 18.* y en *el 6. n. 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 (*l. ult. §. 9. C. de jur. deliber.*), Gom. in *l. 30. Taur.* en donde añade, deberse decir lo mismo de lo que se gastó en la enfermedad del difunto.

14 Pertenecen á la II. clase los acreedores hipotecarios privilegiados, cuales son: I. El fisco por lo que se le debe, y la muger en los bienes del marido por razon de su dote, *l. 33. d. tit. 13. P. 5. (l. ult. C. qui potior in pign.)*. 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 expresa, ó aunque fuese tácita, es preferido al que tuviere de antemano empeñada la nave ó casa á su favor, *l. 28.*

d. tit. 13. (l. 5. *qui potior in pign.* l. 6. *eod.*) que da la razon de esta preferencia, diciendo: *Porque con los dineros que él dió, fué guardada la cosa que se pudiera perder* (d. l. 6.). III. 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. 13. (l. 7. *eod.*) 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 el que prestó tendria preferencia en la cosa comprada al hipotecario general, d. l. 30. (l. 7. *C. qui potior in pignor.*) V. Los señores de las tierras en los frutos que producen para cobrar su renta ó arrendamiento en los que establece la l. 25. tit. 21. lib. 4. de la *Recop.* 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 expresas,

ni opinion generalmente recibida para decidirla. Dirémos 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 esten expeditos 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 dexan de dar alguna luz las palabras, con que las leyes conceden el privilegio, y las razones que lo 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 con-

siguiente, que no habiéndose hecho esta, permanecen de algun modo en el dominio del dueño, y los detiene el colono como por depósito: lo cierto es, que estando pendientes, ántes de percibirse, son del dueño de la tierra como parte de ella (*l. 44. de rei vind.*). 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, expresada en la citada *l. 28. d. tit. 13.* que le concede la prelacion. Del fisco y de la muger 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 favor hipoteca tácita anterior; pero no si esta fuese expresa, *d. l. 33. d. tit. 13.* Si esta prelacion de la muger le compete tambien por razon de sus bienes parafernales, es cuestion no decidida en nuestras leyes. La comun opinion lo niega, Covar. *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. No

nos atrevemos á avanzar mas en asunto tan delicado, ni corresponde á un mero institutista.

17 A la III. 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, *d. 27. d. tit. 13.* que hemos citado arriba *n. 12.* explicando cómo debe entenderse con referencia á la regla, la que pone como limitacion, ó excepcion, y no consideramos contraria. Ni lo es tampoco, aunque lo parezca á primera vista, la *l. 31. d. tit. 13.* en cuanto dice, que el acreedor que probáre con escritura, hecha por mano de escribano público, habérsele 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 fué 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.

Lo persuade tambien así la segunda parte de la misma ley, en que establece sería preferido al de la escritura pública el que tuviese 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. Lop. 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 Covar. pract. quæst. 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 convencio-

nal, y se la entrega, es este preferido: cuya doctrina la pone como exemplo 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.

19 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. Lop. 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 48. tit. 25. lib. 4. de la Recop. 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 pre-

lacion 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, allí: *Dándoles lugar entre sí mismos conforme á su antelacion.* Cuya regla, aunque no la expresa 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 expresarse en la ley, dice con mucha razon la misma, que tales escritos están sujetos á grandes fraudes por las antedatas y posdatas, y otros inconvenientes, que en ellos se suelen hacer, por las cuales aparecen mas antiguos de lo que son. Solo habla la ley de los acreedores quirografarios, y no de los 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 de-

cir 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 extingue ó acaba la obligacion de peños. Como es accesoria, es preciso se acabe por todos aquellos que extinguen la principal, de los que trataremos mas abaxo en el *tit.* 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 libentan,* (*l.* 23. *de verb. oblig.*). Diximos enteramente; porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiese mudado de estado, se conserva en lo que quedare, como vimos arriba al *v.* 2. (*l.* 21. *de pig. act.*). II. Por la remision ó condonacion del acreedor expresa ó tácita. En la expresa 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 restitution se entenderia, que le remitia el de-

recho de peños, pero no la deuda, sino es que dixese manifiestamente que se la perdonaba, l. 40. d. tit. 13. (l. 3. de pact.). 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 diximos de los censos en el tit. 14. num. 43. y siguientes: cuya doctrina puesta allí con extension, es enteramente aplicable al asunto de peños de que hablamos.

INDIAS. Sobre el artículo de peños se han expedido en este reyno varias determinaciones y bandos, para contener los excesos de muchos dueños de tiendas de pulperia, y otras clases, que han llegado al extremo de una delincuente usura, para con los pobres que les empeñan su ropa y alhajas, para comer ó suplir otras urgencias de primera necesidad, á que se agregan otros desórdenes relativos á la extraccion de las alhajas de los templos, comunidades, y casas particulares. Con este objeto se ha mandado por bandos de 20. de agosto de 1762, y 21 de julio de 1776, que no se compren, vendan, cambien, truequen, y reciban á empeño ninguna cosa

correspondiente á militar, ya sea en armas ya en vestido. Tambien por bando de 23. de agosto de 1781. se prohíbe que en las vinaterias, pulquerias y tiendas, se reciban á empeño prendas, que parezca ser de algun templo, ni los instrumentos conocidos de algun arte ú oficio, armas vedadas, llaves, ó chapas, libreas, frenos, y demas prevenido en dicho bando n. 39. tom. 2. de la coleccion del Sr. Beleña.

En órden al tanto que debe prestarse sobre las alhajas, con relacion al valor de estas, en qué circunstancia y con qué calidades deban recibirse para beneficiar á los pobres, que se ven precisados á desnudarse tal vez, para haber de comer, veanse los bandos insertados en los nn. 238. hasta el 40. del tom. 3. diario de esta capital.

TITULO XIX. DEL CONTRATO LITERAL, Y DE LOS REALES. (1).

1. 2. 3. De la obligacion literal.

(1) Lib. 3. Inst. tit. 15. y 22.
Tom. II. 34