

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 algún crédito pueda repetir contra quien se le cedió, no basta que haga ver que es de difícil exaccion, pues es menester acredite la ejecución en los bienes del deudor hecha con la mayor diligencia para que su autor no experimente perjuicio (1).

91. El décimosexto caso es, cuando la deuda hipotecaria posterior consta por instrumento ante escribano y testigos, en el que da 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 confesion del deudor; pues en este caso, el acreedor posterior en tiempo por la cualidad de su instrumento, será graduado primero que el anterior de deuda confesada (2).

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

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 confesion del deudor en instrumento privado escrito, ó á lo menos firmado por este, aunque otro le haya extendido de su

1 Felic. de cens. tom. 1. lib. 3. cap. 5. num. 2. Olea de cession. jur. tit. 8. quest. 4. num. 7.

2 Greg. Lop. en la ley 27. tit. 18. Part.

5. glos. 1.

3 Salg. par. 2. Labyr. cap. 21. num.

22. Felic. de cens. tom. 1. lib. y cap. 5. num. 20

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

94. Sin embargo afirman varios autores, que si los dos testigos depusieron de la verdad del débito é hipoteca, debe ser preferido el acreedor de instrumento privado al segundo del público; y que esto procede, aunque los testigos no estén escritos en aquel, ni le hayan firmado, si 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 fuesse obligada la cosa en alguna destas dos maneras, bien la podrá demandar, á aquel que gela oviese empeñada, ó á otro cualquiera á quien la fallase: fueras ende si este que la tenia, digesse que le era obligada por carta que fuesse 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 deudor, ó prueba de dos testigos; así como sobre dicho es.» Por tanto consta 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,

1 Ley 31. tit. 13. Part. 5.

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

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

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

98. El vigésimoprimer caso es, cuando dos acreedores contrataron 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

1 Covarr. *Pract.* cap. 22. num. 5.

2 Ley 27. tit. 13. Part. 5. verb. *Pero*

3 Ciriac. *controvers.* 425. *Parlad. differ.*

57. num. 9.

casos y ha.

prestasen dinero al poseedor de bienes vinculados, y este los obligase á entrambos, al uno bajo la condicion de impetrar facultad Real, y al otro despues de impetrada; pues este obtendrá la preferencia, porque el primer contrato sin ella es nulo, y asi necesita ratificarse luego que la impetre para que perjudique á los sucesores, y queden gravados los bienes despues de la muerte del deudor (1).

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

100. El vigésimotercero caso es, cuando la deuda hipotecaria procede de tutela, curaduria ó administracion pública, ó de iglesia, comunidad y rentas Reales, pues tiene la preferencia desde que los administradores empezaron á serlo, aunque recibian 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 empieza á causarla, porque aquellos oficiales pueden ser compelidos á serlo y admitir la administracion y depósito, y este no, bien que despues de aceptados no los puede renunciar (2).

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

1 Salg. part. 2. *Labyr.* cap. 4. num. 40.

Mo'in. *de primogen.* lib. 4. cap. 7. num. 17.

Carlev. disp. 23.

2 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 178.

Cur. Filip. cap. 12. cit. num. 43.

nen igual título, hipoteca y causa, se debe preferir el anterior en título y tiempo; y si para entrambos no son suficientes, percibirá el posterior en tiempo el residuo que quede despues de satisfecho enteramente el anterior, porque en este caso se debe observar la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es igualmente en derecho (1). Con este motivo se advertirá, que los beneficios curados de estos reinos no deben pensionarse sino á favor del resignante, en caso de ser util 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 (2), y es que en primer lugar deben costear los gastos las rentas de sus fábricas: si estas no alcanzan, los han de pagar los partícipes de sus diezmos; y no bastando ni uno ni otro, bajada la competente congrua que debe quedar á aquellos, han de ayudar subsidiariamente los feligreses de la iglesia que necesita ser reparada ó reedificada. Lo mismo disponia antes del Concilio la ley 11. tit. 10. Part. 1, y la bula ó concesion contraria á lo referido, es opuesta al auto 3. tit. 3. lib. 1. Rec., y á la constitucion de Inocencio XII citada en él, por lo que se puede impedir su ejecucion, pidiendo su retencion en el tribunal Real competente, como lo he visto practicar en el Consejo (3).

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

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

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

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

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

num. 76.

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

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

104. En el precio de la cosa vendida é hipotecada no hay prelación por él, si despues se volviere á vender, porque regularmente no sucede el uno en lugar del otro, ni en la que se comprare ó subrogare con su precio, porque ni este ni la cosa 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 (2).

105. Dúdase si queriendo el acreedor posterior y menos privilegiado, que al mismo tiempo es deudor por otra causa de su deudor, compensar en 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 hiciera, podrán revocar el pago los otros acreedores, y compelerle á que apronte la cantidad con que se quedó. Pero Carleval con otros muchos autores que cita (3), exponiendo los fundamentos de ambas sentencias, sigue la contraria, á la que me inclino.

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

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

2 Leyes 40. tit. 5, y 25. tit. 13. Part. 5,

y 10. tit. 19. Part. 6.

3 De judic. tit. 3. disp. 27.

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

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

1 Ley 11. tit. 14. Part. 5. verb. *Mas si todos los otros.*

2 Dicha ley 11. verb. *E por ende deci-*

mos.
3 Ley 5. tit. 24. lib. 10. Nov. Rec.

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

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

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

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

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

1 Covarr. *Pract.* cap. 22. num. 5. Acreved. en la ley 5. num. 24. tit. 21. lib. 4. Rec.

2 Greg. Lop. en la ley 11. tit. 14. Part. 5. glos. 4. Castill. lib. 4. *Controv.* cap. 61.

3 Ley 27. tit. 29. Part. 3.

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