

que toca este punto elegantemente , y lo que explicaré en el Juicio de concurso de acreedores. Debe pagar al depositario las expensas que hizo en utilidad de lo que le entregó en depósito ; pero este no puede retenerlo con dicho motivo (1), aunque la práctica es contraria , pues pide execucion , se traba en los bienes depositados , y subsisten en su poder hasta la conclusion de la instancia , y que se verifique el pago de las expensas (a). De este contrato trata con la mayor claridad y extension *Hermosilla* en el *tit. 3. de la Part. 5.*

52 Ninguno puede dar bienes en confianza , ni ponerlos en cabeza de tercero , ni este recibirlos en la suya , pena de cien mil maravedises para la Real Cámara , y al Escribano que autoriza semejante contrato de privacion de oficio , para cuya prueba bastan las privilegiadas que por derecho se admiten en los casos en que es difícil : y por testigos pueden ser admitidos los mismos , entre quienes se hace la confianza (2) ; lo que tendrá presente el Escribano para no incurrir en la pena.

53 En las Iglesias se da sepultura á los cadáveres de los Christianos , excepto á los de los Usureros manifiestos , y otros que expresa el derecho (3) ; pero muchas veces se depositan con ánimo de trasladar sus huesos á otra parte , para lo qual suele preceder licencia del Ordinario diocesano , y luego obtener la misma para la translacion (4). Lo que en estos actos se practica , es : abrir la caja atahud en que está el cadaver,

(1) Ley fin. tit. 3. Part. 5.

(a) El deponente debe indemnizar al depositario de los menoscabos, gastos y costas que se le hayan causado por el depósito , *l. 10. t. 3. p. 5.* „ Otrosí decimos , que si algun home diese á otro algun siervo en guarda „ sabiendo que era ladrón , é non le aperciese de ello , é este siervo „ furtase alguna cosa á su guardador , que tenuto es el señor de pechar „ aquellos que furtase , mas si el que dió en guarda non lo sopiese enton- „ ce en su escogencia es de pechar el furto , ó desamparar el siervo por „ emmienda del furto que desta manera le fizo. „ Por la misma , y aun con mayor razon , debe ser indemnizado , si en el incendio de una casa , el depositario sacrificó sus propios efectos , dexándolos parecer , por salvar los que tenia en depósito que eran de mucho mas valor que los suyos , y que por no haberle dado lugar la fuerza de las llamas , no los pudo poner en salvo sino abandonando los suyos , los que de otra suerte habria salvado.

(2) Ley 2. t. 9. l. 10. N. R. (3) Leyes 8. 9. y 10. tit. 13. Part. 1.

(4) Ley 11. tit. 13. Part 1.

para que lo vean el Prelado y Religiosos del Convento , y demas circunstantes , y entregarse á aquellos , quienes con el Prelado , ó este solo en su nombre otorgan el depósito , y se obligan á volver y restituir el cadáver , ó huesos del difunto siempre que se les pida , y de ello del lugar en que se deposita , y demas señales conducentes á conocer que es el mismo , da fé el Escribano ; y quando llega el caso de la translacion , se requiere con el mandamiento al Prelado , se abre la caja , y el Escribano da igualmente fé de lo que se halla dentro ; en que estado , y quien lo recibe , y todo se practica ante testigos ; y si para el depósito precedieron Autos , se hace sucinta relacion de ellos , y se insertan. Quando se traslada el cadáver , se da testimonio al Prelado para resguardo de su Convento ; y si se resiste á su entrega , se pone por diligencia , y da testimonio á los interesados de su respuesta , de lo qual se instruirá mejor el Escribano por la escritura que estendiere.

§. IV.

De las prendas é hipotecas.

34 Para mayor seguridad de las obligaciones que se constituyen , suelen los contrayentes gravar sus bienes , de los quales hay tres clases ó especies : I. de *raices* , y son los que segun su naturaleza , y *sin deshacer su forma* , no se pueden mover , ni ser movidos , v. gr. casas , viñas , olivares ; y tambien se llaman raices los censos , oficios y otros derechos perpetuos , que pueden admitir gravámen , ó constituir hipoteca , segun lo dice el Cap. IV. de la instruccion inserta en la Pragmatica puesta al fin del Cap. VIII. de esta obra : II. de *muebles y semovientes* , v. gr. dinero , alhajas , mercaderías , caballos , mulas , bueyes ; y se llaman así , porque segun su naturaleza , y *sin deshacer su forma* , se mueven , y pueden ser movidos (1). Y III. de *derecho y acciones* de mero derecho , los quales se juzgan segun la cosa á que competen , pues si es raiz , se dirán raices , y si es mueble , muebles (2) ; de lo qual

(1) Leyes 1. tit. 17. Part. 2. 4. t. 29. P. 3. : 10. t. 33. part. 7.

(2) Olea de Cesion. t. 2. quæst. 1. n. 27. al 29.

trataré con mas extension en mi II. parte, cap. y §. 2. lib. 3. Quando estos bienes se entregan al acreedor para seguridad del contrato, se llaman *Prenda*, y quando solo se gravan á su cumplimiento, se llaman *Hipoteca*, porque esta es obligacion, que uno hace de ellos al cumplimiento de lo pactado, y aquella es la que entrega al acreedor para su resguardo y seguridad; y aunque ambas convienen en que quedan ligadas y sujetas á la obligacion constituida hasta que se disuelve, se diferencian en que la hipoteca queda en poder del deudor, y la prenda se entrega al acreedor, y por eso se confunden muchas veces (1).

55 La *prenda*, é *hipoteca*, se dividen en *universales* y *particulares*: las *universales* son aquellas en que no solo se incluyen los bienes, que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos, no se impide su enagenacion. Las *particulares* son las que se ligan expresa, y determinadamente; las cuales siempre estan sujetas á la responsabilidad del débito, y obligacion contraída, aunque *pasen á tercero poseedor*, hasta que se extingue, á libertad por solucion, condonacion, remision ó prescripcion, pues la obligacion sigue la hipoteca; previniendo que si se hipoteca ó empeña el título, ó escritura de propiedad de la alhaja, queda esta empeñada, no obstante que no se expresa (2).

56 Quatro maneras hay de Hipoteca: I. *convencional expresa*, porque se hace por palabras, y convenio del deudor, que á instancias del acreedor, y voluntariamente obliga sus bienes á la satisfaccion del débito, y cumplimiento del contrato. II. *legal ó tacita*, porque aunque el deudor no los obligue expresamente, quedan tácitamente sujetos á ella por ministerio, disposicion de la ley, como sucede en los arrendamientos, tutelas, dotes, &c. de que tratan latamente las *leyes 23 y sig. del tit. 13. Part. 5. y la 7. Cod. In quibus causis pignus, vel Hipoteca tacite contrahantur*, y de las personas que la tienen, la *Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 3. n. 17 y sig.* y en mi II. parte libro y Capítulo 3. III. *pretoria*, y es quan-

(1) §. Item Serviana Instit. de Act. y ley 1. tit. 13. P. 5.

(2) Leyes 5. y 14. tit. 13. P. 5.

do el Juez por contumacia del reo entrega los bienes de este á su acreedor para que se reintegre de su débito, como se hace en el Asentamiento, de que hablan las tres *leyes del t. 5. l. 11. N. R. y el 8. de la Part. 3.* y aunque en esta Corte no se usa, está permitido y puede practicarse. Y la IV. *judicial*, que es la via executiva regular; bien que estas dos últimas clases de Hipotecas como se efectuan en virtud de apremio judicial, se reputan por una, pues se diferencian únicamente en que por la Pretoria si se da á un acreedor la posesion de los bienes de su deudor, es visto por el mismo hecho darse á los demas, por cuya razon tienen igual derecho, y preferencia (1); pero por la judicial el que executa primero, y entra en la posesion, es preferido á los otros (2). Acerca de lo qual, y para la mayor instruccion, véase á *Parlador. different. 58. á Negusancio de Pign. part. 2. mem. 4. part. 3. mem. 2. y 3. y á los que citan.*

57 Todas las cosas del comercio humano de qualquier naturaleza que sean, y en que el hombre tiene pleno dominio, quasi dominio ó algun derecho, pueden ser empeñadas, ó hipotecadas, y el que las da en empeño, demandarlas á quien las entrega, descontando de lo que le debe, lo que percibió, si fueron fructíferas, y si no lo fueron, pagándoselo enteramente (3).

58 No pueden ser empeñadas, obligadas, ni enagenadas las Sagradas, y Religiosas, y las mere profanas de la Iglesia y Conventos, solo con los requisitos que prefine el Derecho Real (4), y explicaré en el cap. X. §. III. Ni hombre libre por siervo, excepto en tres casos, que son: I. quando él mismo quiere empeñarse por redimir á otro de cautiverio: II. el Padre, que estando en extrema necesidad de hambre, puede empeñar á su hijo (aunque esto por la limitacion que hoy tienen los derechos de la Patria potestad, no creo sea practicable); III. quando se entrega á alguno en rehenes por razon de paz (5).

(1) Leyes 1. tit. 13. P. 5. Cum unus 12. ff. de Reb. author. Jur. pos. y fin. Cod. eod. tit. (2) Leyes in iudicati 61. ff. de Re judic. y Si decreto 2. Cod. Qui potior in pignor. hab. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. c. 46. Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 3. n. 37. (3) Ley 2. tit. 13. P. 5. (4) Leyes 1. y 2. titul. 14. P. 1.: 63. tit. 18. P. 3.: 3. tit. 13. P. 5. y 4. t. 5. l. 1. N. R. (5) Ley 3. tit. 13. P. 5.

ó sierva destinados para su servidumbre, su lecho, ropa y la de su muger, las cosas de su cocina, su caballo, armas y demas alhajas que necesita para su uso diario (1). Lo qual entiendo ya sea noble ó Plebeyo el obligado, respecto de que la ley no distingue, excepto que la deuda toque al Fisco, y asi por lo mismo no deben ser embargados, vendidos ni executados. Tampoco viene ni se comprende en la obligacion general de todos los bienes la hipoteca que el deudor enagenó con expreso consentimiento de su acreedor, aunque vuelva luego al dominio, ó poder del mismo deudor; y la razon es, porque la accion que se extingue, no revive, lo que una vez se hace enagenable, siempre lo queda: y respecto haberla despreciado y renunciado, no es razonable vuelva á estarle sujeta, ni obligada, á menos que nueva y especialmente se la obligue (2).

66 Y si obliga especialmente alguna alhaja, y no mas quedará únicamente obligada é hipotecada. Y para que el acreedor que presta dinero sin interés á alguno, á fin de comprar casa, tierra, nave ú otra cosa, ó repararla, no quede perjudicado en su crédito, y antes bien sea preferido en ella á los demas hipotecarios anteriores, le advertirá el Escribano que no se lo preste, sin que la grave á su responsabilidad, y se exprese en la Escritura el motivo con que se lo presta, pues de esta suerte será privilegiado, y de ella cobrará su dinero antes que los otros acreedores del mutuario, por las razones expuestas en el cap. VI. §. II. Previniendo que si lleva interés por el préstamo no goza de privilegio. Véase á Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 27.

67 Dos acciones pignoraticias nacen de la obligacion con prenda, una á favor del deudor, y otra del acreedor. La que el deudor tiene á la alhaja, se llama *directa*, y asi luego que el acreedor está reintegrado de su débito, debe restituirla al deudor (3); y para que este pueda intentarla, es preciso que pague primero la deuda, ó la deposite judicialmente si aquel no quiere recibirla. Y la que el acreedor tiene contra el deudor, se llama *contraria*; y puede instaurarla quando le

(1) Ley 5. tit. 13. P. 5. (2) Ley ultim. Matienz. en la 7. tit. 11. lib. 5. R. glos. 1. n. 37. Carlev. tit. 3. disput. 22. n. 8. Cur. Philip. ibi. n. 5. (3) Leyes 21. tit. 13. P. 5. y Si rem alienam. §. 9. Omnis, ff. de Pignor. Act.

dió la prenda por equivalente al débito; y luego se verifica no serlo, ó que no es de tan buena calidad como le aseguró; pero no prender ni tomar de su propia autoridad los bienes del deudor, y si lo hace, debe ser condenado á volverlos á su dueño, y pagar al Rey tanto como importa la deuda, y ademas pierde por el mismo hecho la accion que contra él tenia (1).

68 El que usa de accion hipotecaria contra tercero poseedor, debe probar dos cosas: I. que la hipotecada era del deudor, ó del que la empeñó, tenia su poder para empeñarla: II. que se la empeñaron (2). Asimismo debe hacer excusion en los bienes del deudor por la accion personal, pues si tiene con que pagar, no puede reclamar contra el tercero; á menos que la Escritura contenga el pacto *de no enagenar*, que en este caso no es necesaria la excusion para intentar la accion (3): ó que el principal deudor, estando pendiente el pleyto, y la demanda contestada con él, venda ó transfiera la hipoteca al tercero (4). Y se previene que contra este no pasa el derecho de executar, aunque proceda de sentencia declarada en cosa juzgada, y la obligacion sea personal ó real (5); excepto que intervenga el pacto referido, que entonces como no se transfiere su dominio al tercero poseedor, ya sea por título oneroso ó lucrativo, antes bien es nula la enagenacion, se contemplan los bienes enagenados de esta forma como existentes en poder del deudor principal y verdadero (6), porque este por ningun acto, ni contrato puede debilitar, ni deteriorar la condicion de su acreedor (7): y por eso ha lugar la execucion; de lo qual trataré mas latamente en el Juicio Executivo.

69 Todo acreedor tiene accion á pedir á su deudor lo que le debe. La *accion es derecho á pedir en Juicio*, y fuera de él; y porque el Escribano sepa de quantas maneras es, y

(1) Leyes 11. tit. 13. P. 5. y 1. 5. y 6. t. 34. l. 11. N. R. (2) Leyes 18. tit. 13. P. 5. y 4. t. 19. l. 11. N. R. (3) Ley 14. tit. 13. P. 5. Auth. Hoc si debitor. Cod. de Pignor. Auth. Sed hod. Cod. de Oblig. & Act. y Arg. ley Si creditor, §. fin. ff. de Distract. pignor. (4) Ley Ea lege. Cod. de Condit. ob caus. Paz in Praxi, part. 4. tom. 1. cap. 1. n. 49. (5) Leyes Sepæ 63. al fin. ff. de Re judic. y 1. y 2. Cod. Quibus res judic. non noc. (6) Ley Si creditor 7. §. fin. ff. de Distract. pignor. Covarr. lib. 3. Var. cap. 7. n. 6. Salgad. Labir. cred. part. 1. cap. 11. n. 11. al 17. (7) Ley Debitorem 15. Cod. de Pignorib.

sus divisiones, digo que la accion es de tres maneras: *Executiva*, *Ordinaria* y *Criminal*. *Executiva*, quando el instrumento que la produce, ó de que nace, lo es por su naturaleza y disposicion legal, y en virtud de él compete al acreedor esta accion: v. gr. la Escritura guarentigia de plazo pasado; el papel reconocido con la formalidad judicial desde el dia de su reconocimiento, porque antes como es simple, ninguna fuerza tiene en Juicio, y la Sentencia declarada en cosa juzgada, ó executoriada por Tribunal superior. *Ordinaria*, quando el documento en virtud de que se pide, no trae aparejada execucion, y aunque la haya traído, perdió por lapso de tiempo la fuerza que para pedir executivamente preñine la ley 63. de Toro. Y *Criminal*, quando el motivo para instaurar la accion nace de delito.

70 Dividese la accion en *Real*, *Personal* y *Mixta*: La *Real*, ó *hipotecaria* es quando se obligan los bienes al cumplimiento del contrato que se celebra: y se llama *Real*, porque se dirige contra una ó mas alhajas afectas á la responsabilidad de la deuda ú obligacion contrahida: é *Hipotecaria*, porque la cosa que se obliga es inmueble, pues si es mueble, se llama *Pignoraticia*. La *Personal*, es quando el contrayente obliga solamente su persona, y contra ella se dirige. Y la *Mixta*, quando obliga su persona y bienes.

71 Se subdivide en *directa* y *útil*. Se llama accion *directa* la que viene de la mente y palabras de la ley (1): y *útil* la que viene de su mente, y no de sus palabras, ó ni de aquella, ni de estas (2). Consideradas las acciones *útil* y *directa* en quanto dependen del hecho del hombre, y por él son provechosas, se da el nombre de *directa* á la que corresponde al dueño, al acreedor, ó al cedente: y el de *útil*, á la que compete al sugeto á quien se hace la cesion (3); pero realmente no son dos sino una sola que contiene dos qualidades, la una por derecho de contrato, la otra de cesion (4); y así se da el nombre de *directa* á la accion, porque directa-

(1) Ley Actio, ff. de Negot. gest. (2) Ley 1. ff. de Æstimatoria action. §. fin. Instit. de leg. Aquila. Bart. in leg. Curatores. ff. de Negot. gest. (3) Ley 1. & ibi D. D. Cod. de Action. & obligation. (4) Glos in leg. Emptor, en la palab. Fungitur Cod. de Hæreditat. vel Action. vendit. Ley Si scripti hæredes, Cod. de Petition. hæreditat.

mente se origina de alguna obligacion, y el de *útil* porque viene de la directa, y de equidad se concede al cesionario en quien no se puede transferir la directa, por estar radicada en la persona del cedente, de tal suerte que no se puede separar de él. Las acciones directas son incesibles, y permanecen siempre en el Señor, ó cedente: y las útiles pasan al cesionario ó Procurador en su misma causa (1); y la razon porque aquellas son incesibles, y no se trasfieren en el cesionario, es porque de ningun modo se pueden entregar, á causa de ser incorpóreas, y de las que lo son, no se puede hacer tradicion (2); y así como el dominio de las cosas corporales, ó la accion *real* no se transfiere sin que se entreguen, aunque preceda título legítimo (3), así tampoco las acciones directas se transfieren, porque no se puede hacer entrega de ellas, y por eso la ley en lugar de estas subrogó las útiles que hacen sus veces y las representan; por lo que el cesionario ó Procurador en su propia causa exerce estas en su propio nombre, y aquellas en el del cedente, y en virtud de la cesion se conceptúa una persona con este, y se le llama acreedor del deudor; y aunque aquel diga que le cede las directas, se entiende cederle solamente su ejercicio (4) (a).

72 Supuesto lo referido, antes de proceder á explicar los requisitos que debe contener la obligacion de dar, ó hacer alguna cosa, á fin de que sea executiva: Para que el Escribano sepa que término tiene el acreedor para pedir executiva y ordinariamente contra su deudor, insertaré la ley 63. de Toro, que es la 5. t. 8. l. 11. N. R. y dice así: *El derecho de executar por obligacion personal, se prescriba por diez años; y la accion personal, y la executoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, perso-*

(1) Ley 3. ff. Pro Socio, y ley Qui servo, ff. de Peculio. (2) Ley Servus, §. In corporales, ff. de Acquirend. rer. dominio. (3) Ley Traditionibus, Cod. de Pact. (4) Gras. de Cession. jur. & Action. §. 5. Parl. different. 37. Gallerat. de Renuntiat. lib. 1. cap. 4. n. 40. al 71.

(a) La division de acciones en *stricti juris*, y *bonæ fidei*, es romana. En nuestro derecho no la hay, porque se desprecia en él toda sutileza. Los contratos, y las acciones que nacen de estos son y deben ser de buena fe.

nal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no menos: lo qual se guarde, sin embargo de la Ley del Rey Don Alonso, nuestro progenitor, que puso que la accion personal se prescriba por diez años.

73. Esta Ley contiene tres partes, la I. dice: *Que el derecho de executar, ó la accion de pedir executivamente la deuda por obligacion personal, dura á lo mas diez años, y pasados prescribe.* Lo qual se entiende de esta forma: Si se pide en virtud de Escritura guarentigia, empiezan á correr los 10 años desde el dia en que se cumplió el plazo, y si no lo contiene, ó es obligacion pura ó simple, desde el de su otorgamiento. En los papeles simples desde el de su reconocimiento, haciendo este el deudor en los términos que explicaré en el Juicio ejecutivo, pues no basta el de los peritos, ni informacion de testigos en caso de su negativa. Si son réditos de Censo ó Legado anuo, dentro de los 10 años siguientes á la última paga, ó la celebracion del contrato, si ninguna hubo; y entonces se pedirá la execucion por los nueve y medio, ó nueve y dos tercios. Y siendo sentencia declarada en cosa juzgada ó executoriada antes que se cumplan los 10 años siguientes al dia en que se executó; y pasados, no se debe despachar la execucion, y si se despacha es nula, porque por lapso del tiempo prescribió, y solo queda al acreedor la accion ordinaria, la qual dura otros 10 años, que con los 10 de la executiva son 20, y cumplidos no puede pedir en Juicio executiva, ni ordinariamente, porque tiene contra sí la presuncion legal de estar satisfecha ó remitida la deuda, y si no lo está, echese el acreedor á sí propio la culpa de su omision en no haber pedido en tiempo habil; pues de no prefinirse este, serian eternas las obligaciones, é interminables los pleytos, y acciones, y se irrogarian notables perjuicios al Estado. En quanto á si prescribe, ó no el derecho de executar en los papeles simples, no reconocidos dentro de los 10 años, quando el deudor pagó en su intermedio, ó despues de pasados, parte de la deuda; y si este acto interrumpe é impide la prescripcion, y se han de empezar, ó no á contar desde él, constandingo quando se hizo: vease el lib. 3. cap. 2. de mi II. parte, en donde lo explico latamente.

74 La II. parte dice: *Que la accion personal, y la executoria dada sobre ella prescribe por veinte años, y no menos;* v. gr. en este caso: Pedro prestó á Juan mil reales ante testigos, y por no haberselos pagado al plazo estipulado, se los demanda judicialmente; el deudor niega la deuda, y en el término ordinario de prueba justifica Pedro la certidumbre de su pretension; (pues al que pide incumbe la prueba, quando el reo niega, y no probando aquel clara, plena y concluyentemente, debe ser absuelto este, aunque ninguna probanza haga, ó sean iguales las de ambos, ó haya duda, como lo dice el derecho (1), y sus Expositores (2) lo afirman) en fuerza de lo qual se condena á Juan en difinitiva á la satisfaccion de ellos, y se executoria por Tribunal superior, ó declara el mismo Juez por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia. En este caso hay accion personal, porque Pedro siempre la tuvo para pedir á Juan lo que le debia: y hay Executoria dada sobre la accion, porque se declaró en Juicio, y asi desde el dia en que se da la Executoria, ó declara la Sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada empiezan á correr, y deben contarse los 20 años, los 10 para pedir executivamente, y los otros 10 para que pida ordinariamente dentro de ellos, si en los primeros calla, por haber perdido el vigor ejecutivo que en éstos tenia; de suerte que si dentro de los 20 no usa de su derecho en la forma expresada, no puede intentar despues accion executiva ni ordinaria contra su deudor, por haber espirado ambas por lapso de tiempo, y presumirse pagado ó remitido el débito.

75 Y la III. parte manda: *Que quando en la obligacion hay hipoteca, que es, ser mixta de real y personal; ó quando el deudor obliga su persona y bienes, prescriba la deuda por treinta años, y no menos.* De suerte que en los 10 primeros

(1) Leyes 1. tit. 14. Part. 3. 25. ff. de Jur. Fisc. ult. Cod. de Rei vindicat. Actor. Cod. de Prob. Judices, Cod. de Judic. y 125. ff. de Reg. jur. (2) Mascard. de Prob. tom. 1. concl. 36. Fluv. Pacian eod. tract. lib. 1. cap. 67. Barbos. axiom. 10. n. 2. y sig. Valenz. cons. 77. n. 43. Covarr. lib. 1. Var. cap. 13. n. 10. Card. de Luc. de Cred. & deb. discours. 105. n. 13. & de Jud. disc. 2. n. 28. Crespi de Valdaur. observ. 23. n. 130. Gracian. Discept. for. cap. 144. n. 3. y cap. 531. n. 29. y otros.