

gar en el orden de preferencia, salvo algunas ligeras escepciones; mas como á veces suelen concurrir varios de la misma clase, pero de diferentes especies, debemos manifestar que en semejante caso han de ser preferidos:

1.º El dueño de las tierras y heredades arrendadas, en los frutos en ellas nacidos, y en las cosas introducidas en ellas con su conocimiento, para el cobro de las rentas; así como tambien el propietario de una casa, para el pago de alquileres en el menage y demas cosas pertenecientes al inquilino que se encuentren en ella (1). La razon es porque mientras el dueño no está satisfecho, los frutos permanecen en cierto modo en su dominio. Doctrina aplicable tambien al señor del dominio directo, para el cobro de su pensión y laudemio (2).

2.º El acreedor refaccionario ó sea el que prestó dinero para reparar ó construir casa ú otro edificio, para componer alguna nave, para proveerla de lo necesario, para alimentar marineros, para pagar el alquiler de casa ó almacén en donde estuviere la cosa hipotecada, para trasladarla ó para cualquier otro beneficio real y efectivo, tiene preferencia en la cosa así reparada ó conservada, sobre cualquiera otros acreedores hipotecarios, aunque su antigüedad sea mayor, ésepto sobre la muger por su dote, y el fisco por lo que se le debe, pues concurriendo con éstos ha de ser preferido el mas antiguo (3). Si concurren varios acreedores refaccionarios, han de ser satisfechos por un orden inverso, esto es, comenzando por los mas modernos; escepcion fundada en el beneficio que á todos produce la conservacion de la cosa, debida en último resultado al acreedor posterior.

[1] Ley 5, tit. 8, part. 5 y 6 tit. 1, lib. 10, N. R.
[2] Ley 6, tit. 11, lib. 10 N. R.
[3] Leyes 26, 28 y 29, tit. 13, part. 5.

3.º El que prestó una cantidad para comprar ciertos bienes, con la condicion de que se habian de quedar hipotecados para el pago de aquella suma, tiene preferencia sobre los demas acreedores hipotecarios anteriores, bien tengan éstos hipoteca convencional ó legal [1].

4.º El que vendió una cosa al fiado con la condicion de que le habia de estar hipotecada por su pago, es tambien preferido á los demas acreedores anteriores [2].

5.º El huérfano en la cosa comprada con dinero suyo, es preferido á los acreedores que tuvieren hipoteca general en los bienes del comprador [3].

6.º La muger por razon de su dote es preferida á los acreedores anteriores de hipoteca tácita, pero no respecto de los que la tienen espresa [4]. Privilegio de que gozan tambien sus descendientes, pero no sus herederos estraños, á los que sin embargo corresponde el derecho de hipoteca, segun opinan varios autores [5]. Si concurren los herederos de dos mugeres reclamando el crédito dotal, deben ser preferidos los de la primera, ésepto en aquellas cosas que se hallasen propias de la segunda, que deberán entregarse á sus herederos.

Con respecto á los bienes parafernales está dividida la opinion de los autores. Algunos opinan que no corresponde á la muger preferencia por razon de ellos, aun cuando hubieran sido entregados al marido [6], mientras otros pretenden que no pudiendo la muger enagenar bienes algunos, y correspondiendo al marido la administracion de todos ellos deben

[1] Ley 30, tit. 13, part. 5, Greg. Lop. glos. 4.
[2] Alcaraz y Castro.
[3] Ley 20, citada.
[4] Ley 33, del mismo tit. y part.
[5] Greg. Lop. en la glos. 6, de la ley 33, y Antonio Gomez en la 50 de Toro núm. 45.
[6] Greg. Lop. en la glos. 4 de la ley 17, tit. 11, part. 4, Ccvar. l. res. var. cap. 7, n. 1, Veladisert. 2, n. 64.

esceptuarse lo mismo que los dotales, con igual privilegio é hipoteca [1].

En las arras dadas ó prometidas como aumento de dote, gozan de prelacion mas únicamente cuando se hayan dado ó prometido bajo ese carácter, y solo de hipoteca, no habiéndose otorgado bajo aquella calidad.

7.º El fisco que tiene el mismo privilegio que la muger por su dote, por lo cual se ha dicho siempre que "dos et fiscus pari passu ambulat" es preferido á los mismos acreedores que ella: así es que lo manifestado acerca del privilegio dotal, debe tenerse por repetido aquí. Añadirémos, sin embargo, que cuando ambos créditos concurren, se ha de dar la preferencia al mas antiguo [2].

Por último, debemos advertir que la opinion de algunos, que sostienen que tanto la dote como el fisco han de ser preferidos á los acreedores que tienen una hipoteca tácita, anterior y privilegiada, como por ejemplo, al que dió dinero para reparar una casa, no parece conforme á la equidad, ni á la recta interpretacion de la ley.

36. Hipotecarios no privilegiados. Se llaman así los que tienen una hipoteca no privilegiada para seguridad de sus créditos, bien sea legal ó convencional, espresa ó tácita; y pertenecen á esta clase de hipotecas:

1.º La que tienen los que están en tutela ó curaduría en los bienes de sus guardadores y fiadores, desde el día en que entraron en su cargo hasta dar cuenta (3).

2.º La del legatario en los bienes del testador, advirtiéndose anticipadamente que á pesar de ella debe serle preferido cualquier acreedor aunque sea personal (4).

[1] Alcaraz y Castro.
[2] Leyes 27, 29 y 33, tit. 13, part. 5.
[3] Ley 23, del mismo tit. y part.
[4] Ley 25.

3.º La que corresponde al marido en los bienes del que prometió dote (1).

4.º La de los hijos en los bienes del padre que pasó á segundo matrimonio, por los que están sujetos á reserva (2).

5.º La de los hijos en los bienes de su madre viuda, que siendo su guardadora, pasó á contraer otro enlace, y en los del segundo marido hasta que den cuentas (3).

6.º La de los hijos en los bienes del padre, en caso de que enagene los advencios de que es usufructuario (4).

7.º La hipoteca convencional que no goza de privilegio por la calidad de su crédito.

El principio de que la antigüedad de la deuda da preferencia en el crédito, es el que rige con respecto á los acreedores de esta cuarta clase. Así es que cuando varios concurren á un tiempo, ha de ser preferido el que tenga hipoteca de fecha mas antigua, bien sea legal, judicial, ó convencional, bien general ó particular (5).

La hipoteca condicional, siendo la condicion casual ó mista, tiene preferencia sobre la posterior aunque sea pura; porque cumplida la condicion se retrotrae al tiempo en que aquella fué contratada (6).

Cuando se ignora el tiempo en que dos ó mas hipotecas se han constituido, y por consiguiente cual de ellas es anterior, se han de pagar á prorata en sentir del autor de la antigua Curia; y no se dará preferencia á la que en el protocolo ocupe el primer lugar, si teniendo igual fecha que las demas, no se hace en una

[1] Ley 23.
[2] Ley 25.
[3] La misma ley.
[4] Ley 24.
[5] Ley 27.
[6] Ley 32.

y en otra espresion de la hora, ni tampoco será preferido el hipotecario á quien se nombre primero en un instrumento en que se hipotecan los mismos bienes á diferentes acreedores. El seguir la opinion contraria, como hacen varios autores, nos parece peligrosa y aventurada porque es dejar al arbitrio de un escribano la suerte de los acreedores.

La distincion que ántes se hacia de las hipotecas constituidas por escritura pública y por escritura privada, y las consecuencias á que daba lugar, ha desaparecido en el día, puesto que todas se han de constituir precisamente por instrumento público y se han de registrar en el oficio de hipotecas [1].

37. *Acreedores personales simplemente privilegiados.* Solo un acreedor se cuenta en esta clase, á saber: aquel que ha entregado en depósito cosas fungibles por número, peso ó medida. Su crédito es postergado á los de las clases precedentes, y debe ser satisfecho ántes que los de los acreedores meramente personales. Y es tan indispensable que se haga la entrega en la forma que acabamos de manifestar, porque si se verificase sin contar, pesar, ni medir, y metido lo entregado en una bolsa, caja, cofre, &c., no sería irregular este depósito sino regular y ordinario, y de consiguiente conservaría el dominio el depositante (2).

38. *Acreedores meramente personales.* Estos son los que no tienen privilegio ni hipoteca que dé preferencia á sus créditos: de ellos se hacen tres clases.

Comprende la primera á los que justifican su derecho por medio de escritura pública y reciben el nombre de *escriurarios*. La segunda, á los que presentan un documento privado escrito en pa-

[1] Ley 3, tit. 16, lib. 10, confirmada por varias disposiciones posteriores de que hemos hecho mension en los §§. de escribanos y de pruebas.

[2] Ley 9, tit. 3, part. 5.

pel del sello correspondiente; y finalmente, se comprenden en la tercera á los que acreditan su deuda con un documento privado escrito en papel comun. Los de estas dos últimas clases se llaman *quirografarios*.

Algunos añaden otro miembro á esta division, comprendiendo en él á aquellos cuyos créditos son reconocidos por confesion del deudor; pero estos acreedores ocupan el mismo lugar que los quirografarios de la última especie y se equiparan á ellos; motivo por el cual no hay necesidad de hacer una mención especial.

Los acreedores meramente personales son los últimos en la graduacion, puesto que sus créditos nunca son satisfechos hasta que lo están los de las clases anteriores. Mas cuando concurren entre sí, se ha de observar lo siguiente: Primeramente son pagados los escriturarios que justifican sus créditos por escritura pública, por orden de antigüedad; despues entran los quirografarios, y presentan documentos privados en papel sellado, siendo tambien preferidos los mas antiguos; y siguen por último los que justifican sus créditos por documentos redactados en papel comun, ó por confesion del deudor. Los acreedores de esta última especie han de ser satisfechos á prorata y no por orden de antigüedad, por el riesgo que habria de otro modo de que se cometiese fraude antedatando las fechas. Peligro, sea dicho de paso, que puede tener lugar tambien respecto de los créditos estendidos en papel sellado, ya por la facilidad que hay desgraciadamente en proporcionarse papel de los años anteriores, ya porque en el mismo año se puede suponer constituida una deuda en época anterior á aquella en que se con- trajo (1).

[1] Véase la ley 5, tit. 24, lib. 10, N. R., y la reglamentaria del papel sellado.

39. *De las esperas de acreedores.*

Otro de los concursos es el de esperas. Consiste en el plazo ó moratoria que los acreedores conceden al deudor, que por desgracias imprevistas se encuentra imposibilitado de pagar sus deudas desde luego. Solamente los acreedores pueden en el dia conceder este beneficio, por ser incompatible con nuestras actuales instituciones la facultad de dispensar las que en otro tiempo tuvo el soberano.

Los trámites que se sigue para obtener esta concesion, son los siguientes: El deudor presenta una solicitud en que espone la imposibilidad que tiene de pagar en aquellos momentos, la acompaña con una noticia de sus deudas, de sus bienes y de sus acreedores, y pide que éstos sean citados para que le concedan un plazo proporcionado. El juez manda se haga esta citacion, señalando dia y hora para celebrar la junta.

Reunidos los acreedores y justificando la cantidad y legitimidad de sus créditos, resuelven por mayoría si se ha de conceder ó denegar la espera. Se entiende por mayoría, no el mayor número de personas, sino la mayor suma de los créditos; pudiendo resultar de aquí, que si dos acreedores ó uno solo lo es por veinte, por ejemplo, y cuatro ó mas lo son por diez, vale lo que decidan los primeros, á pesar de ser en menor número que los segundos. En el caso de haber igualdad de deudas por uno y otro lado, se está al mayor número de personas; y si el mismo número de personas representando cierta cantidad, están en favor de la concesion de la espera, que el de los que están por la negativa y que representan igual suma, entónces se ha de conceder; pues en caso de duda se ha de adoptar lo benéfico al deudor [1].

(1) Ley 5, tit. 15, part. 5.

A veces no se sigue esta tramitacion, sino que tratando el deudor se paradamente con cada uno de sus acreedores, va poniéndoles algun plazo para pagar, el que se considera otorgado si ha convenido en él la mayoría regulada como en el caso anterior.

Si accediendo á la espera la mayor parte de los acreedores hay otros que la resisten, el deudor puede solicitar por medio de un escrito, que el juez le compela á pasar por ella: de este escrito se les confiere traslado, y se sigue el juicio por la vía ordinaria hasta su conclusion [1].

No está obligado á dar fianza el deudor á quien se le hubiese concedido esperas, y puede renunciar á éstas, supuesto que es un beneficio concedido á su favor.

Por último, debemos advertir que para que sea válida la espera es necesario:

Primero. Que el deudor haya obrado de buena fe [2].

Segundo. Que la pida ántes de la cesion de bienes [3].

Tercero. Que los créditos sean verdaderos.

Cuarto. Que estén justificados por instrumentos públicos y no por vale del deudor, aunque le reconozca judicialmente, ni tampoco por su confesion.

40. *Del concurso de quita.* Este es llamado así, porque se rebaja ó quita parte de las deudas; tiene lugar cuando los acreedores, viendo la imposibilidad en que el deudor se halla de satisfacerles lo que les debe, le remiten una parte proporcionada á los créditos de cada uno [4].

El deudor presenta un escrito al tribunal competente, en que haciendo relacion de las circunstancias en que se encuen-

[1] Ley 5, tit. 5, part. 5, y su glos. de Greg. Lop.

[2] Leyes 2 y 6, tit. 32, lib. 11, N. R.

[3] Ley 5, tit. 15, part. 5.

[4] Ley 1, tit. 14, part. 5.

tra, de las deudas que tiene contra sí, de los bienes con que cuenta y de los nombres de sus acreedores, pide que éstos sean convocados para que le rebajen alguna suma. El juez ha de citarlos señalándoles día y hora para la junta, y esta se celebra, legitimando sus créditos y derechos los concurrentes á ella; justificación que no puede hacerse tampoco por vale ni confesion del deudor, para evitar los fraudes y amaños á que esto da lugar. La resolucion favorable ó adversa se dicta por mayoría de acreedores en cantidad, y puede pedirse que sean compelidos los que disientan, para lo cual ha de presentar un escrito el deudor, y de él se han de dar los correspondientes

traslados, siguiéndose despues en juicio ordinario.

La concesion de espera obliga tambien á los ausentes con tal de que hayan sido convocados; y tanto éstos como los que disienten no podrán ser compelidos á pasar por ella, si tuviesen hipoteca general ó especial en los bienes del deudor y los demas fuesen acreedores personales [1].

Sobre los procedimientos que deban seguirse en las causas ó negocios de los comerciantes, trataremos en el II tomo: así como tambien de los tribunales mercantiles, y demas cosas pertenecientes al comercio.

(1) Ley 6, tit. 15, part. 5.

SUMARIO AL § IV.

De los juicios de testamentaria y abintestato.

- 41. Objeto de estos juicios, y por qué son universales; casos en que deben hacerse las particiones judiciales, y cuando extrajudicialmente.
- 42. De la apertura de un testamento cerrado.
- 43. Modo de elevar á instrumento público, el testamento hecho sin intervencion de escribano y en papel simple.
- 44. De la formacion de inventarios.
- 45. Diversas clases de inventarios.
- 46. Personas que deben hacer inventario.
- 47. Bienes que ha de comprender.
- 48. Depósito de los bienes inventariados.
- 49. Efectos del inventario.
- 50. Omisiones cometidas en el inventario.
- 51. De la tasacion.
- 52. De los trámites del juicio de particion en general.
- 53. De los contadores partidores.
- 54. De las operaciones que deben practicar los contadores partidores.
- 55. Liquidacion y division de la herencia.
- 56. Deducion de la dote, y de las cosas incorporadas en ella.
- 57. Deducion de los bienes parafernales, y de las arras vueltas ó entregadas al marido.
- 58. Deducion de las donaciones esponsalicias.
- 59. Deducion del capital llevado al matrimonio por el marido, ó adquirido despues por titulo lucrativo.
- 60. Gananciales.

- 61. Deudas y gastos que son cargo de la sociedad legal, y deudas individuales de los cónyuges.
- 62. Gastos nacidos despues de la muerte de la persona de cuya sucesion se trata.
- 63. Liquidacion y division de gananciales cuando ha habido dos ó mas matrimonios.
- 64. Liquidacion de bienes entre los herederos, mejorados y legatarios.
- 65. Colacion.
- 66. Adjudicacion.

41. Los juicios de testamentaria y abintestato pertenecen á la clase de los universales, porque no se trata en ellos de un título individual, sino de cuantas acciones pueda haber en pro y en contra del finado, y de la participacion que por su voluntad ó por disposicion de la ley, deben tener en sus bienes las personas llamadas á sucederle. No se trata en ellos de quién es ó no heredero: estas cuestiones cuando se suscitan dan materia á un juicio civil ordinario, en que cada uno de los litigantes esponen su derecho y lo corroboran con la prueba de los hechos que estiman convenientes: juicio en el que se siguen los trámites y reglas que en todos los demas declaratorios en que se disputa un título de adquisicion. Fundanse los juicios de testamentaria y abintestato en que á nadie puede retenerse en comunion de bienes con otros coherederos, á no ser que voluntariamente convenga en ello, y en el principio de justicia segun el cual en tanto hay herencia en cuanto están cubiertas las obligaciones pecuniarias del finado. Así es que el objeto de estos juicios es solo distribuir entre los acreedores, herederos y legatarios los bienes que por obligacion del finado, por su voluntad ó por disposicion de la ley respectivamente les correspondan. No es por lo tanto impropio el nombre de juicios de particiones con que algunos los designan.

mentaria ó abintestato; respetando por el contrario los intereses individuales de los acreedores, de los herederos y legatarios, solo deben mezclarse cuando sea interpuesta su autoridad por los que tengan derechos legítimos que crean amenazados, ó cuando la debilidad é incapacidad de las personas ó su ausencia exijan una vigilancia mas inmediata que la que por regla general se dispensa á los que no están en el mismo caso. Consecuencia de esto es que no deberán ser judiciales sino extrajudiciales las particiones en los casos siguientes.

Primero. Cuando el testador en su prevision señaló el modo de dividirse la herencia. Mas como esta designacion nunca puede perjudicar á los herederos forzosos en sus legítimas, que deben tener salvas en todo caso, de aquí es que si se creyesen perjudicados en ellas podrán entablar la reclamacion competente.

Segundo. Siempre que el testador haya elegido personas que con el nombre de albaceas, testamentarios, contadores ó cualquier otro, formen el inventario, al precios, cuentas y particiones de sus bienes como sugetos imparciales íntegros y de toda su confianza: mas en el caso de que hubiese herederos menores, incapacitados, ausentes ó ignorados, deberán ser cometidas las diligencias que hayan practicado á la aprobacion judicial, previa audiencia de un curador *ad litem* que se nombrará al efecto en su caso al menor é incapacitado, ó de un defensor

No deben los jueces entrometerse ligeramente en promover juicios de testa-