

contra una fianza que hubiese hecho, si no es relativa al desempeño de su encargo.

19. Un menor mercader no puede ser fiador de otro mercader, porque solo por los negocios de su propio comercio puede contraer sin esperanza de restitucion.

20. El único caso en que es válida la fianza de un menor es el de darla por sacar á su padre de prision, pues entónces cumple con un deber que prescribe la misma naturaleza; pero esto se entiende si el padre no puede obtener su libertad por medio de la cesion, ó no ocasionándose un perjuicio demasiado considerable en los bienes del hijo (1).

21. Si al tiempo de celebrarse algun contrato, no se piden fianzas al obligado á su cumplimiento, no se le pueden pedir despues, sino en los casos de hacerse dissipador de sus bienes ó mudar de domicilio. Febrero (2) dice que el marido no está obligado á darlas por la dote de su muger, aunque se las pidan al tiempo de celebrar el contrato, y aunque haya costumbre contraria en el pueblo. La razon que da es, porque si le dan muger sin fianza, mejor le deben dar igualmente la dote, cuya razon, dice Tapia, ciertamente no satisface. Pero el mismo Febrero añade que hay casos en que deberá darlas, y son: 1º Cuando recibiendo la dote ántes de casarse le pidieren fianzas ó él las prestare espontáneamente, de que la restituirá, si el matrimonio no se verifica. 2º Cuando por quiebra ú otro incidente queda reducido á suma pobreza. 3º Cuando disuelto el matrimonio tiene obligacion de devolver la dote. 4º Cuando su padre ó hermano concurren con él á su otorgamiento en calidad de fiadores. 5º Cuando se obliga con juramento á dar las fianzas.

22. Hay ciertas fianzas especiales que tienen lugar en

(1) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 31. — (2) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 17, n. 32.

casos determinados, y regularmente se prestan por mandamiento del juez ó de la ley; pero de estas trataremos en el lib. 3 tit. 13.

TITULO XVIII.

DE LOS PEÑOS Ó PRENDAS.

Tit. 13, P. 3. Tit. 17, lib. 3 de la R. Tit. 31, lib. 11 de la N.

- | | |
|--|--|
| 1. Peño, qué es. Cuándo se llama <i>prenda</i> la cosa empeñada, y cuándo <i>hipoteca</i> . | 9. Cosas que no pueden serlo. |
| 2. Division de este contrato en <i>universal y particular, voluntario ó convencional, y necesario ó judicial, expreso y tácito</i> . | 10. Modos de hacerse el empeño ó hipoteca. |
| 3. <i>Del universal y particular</i> . | 11. Cuándo tiene accion á demandar la cosa é que la recibió á peños. |
| 4. Hipoteca especial y general se puede interponer en cualquier contrato y obligacion al tiempo de celebrarse ó despues de celebrada. Bienes que se comprenden en la hipoteca general. | 12. Derechos del acreedor en la cosa empeñada cuando el peño es especial. |
| 5. Del contrato de prenda <i>voluntario ó convencional, y del necesario ó judicial</i> . | 13. Casos y modo en que el acreedor puede vender la cosa empeñada. |
| 6. <i>Del expreso y del tácito</i> . Hipotecas que pertenecen al segundo. | 14. El acreedor puede empeñar la cosa que recibió á peños. |
| 7. Personas que pueden empeñar las cosas. | 15. El acreedor no puede comprar la alhaja empeñada, sino en los casos que se expresan. |
| 8. Cosas que pueden ser empeñadas. | 16. Pactos prohibidos en este contrato. |
| | 17. Acciones que nacen de este contrato, la <i>hipotecaria</i> y la <i>pignoratícia</i> . |
| | 18. PREFERENCIA DE LOS ACREEDORES ENTRE SI. La tiene sobre todos el que tuviere derecho de dominio. Division de los acree- |

- dores en cinco clases.
19. Quiénes pertenecen á la primera clase.
20. Quiénes pertenecen á la segunda.
- 21, 22, 23 y 24. Preferencia del fisco en los casos que se expresan.
- 25 y 26. Preferencia de la dote.
27. Preferencia que tienen
- unás respecto de otras las cinco clases indicadas.
- 28, 29, 30, 31, 32 y 33. Preferencia de los acreedores cuando concurren dos ó mas de una misma clase.
34. Modos de acabarse la obligacion de peños.

1. *Peño es propiamente aquella cosa que un ome empeña á otro apoderándole de ella, é mayormente cuando es mueble* (1). Cuando la cosa empeñada se entrega al acreedor, lo cual sucede por lo comun siendo mueble, se llama *prenda*: cuando queda en poder del deudor, como se practica con los bienes raices, se llama *hipoteca*.

2. El contrato de prenda ó hipoteca se divide en *universal* y *particular*, *voluntario* ó *convencional*, y *necesario* ó *judicial*, *expreso* y *tácito*.

3. *Universal* es aquel en que se gravan los bienes que tiene el deudor al tiempo del contrato y los que adquiere despues, sin que por la obligacion á que quedan afectos se impida su enagenacion. *Particular* es aquel en que se ligan expresa y determinadamente algunos, los cuales siempre están sujetos á la responsabilidad de la obligacion contraida, *aunque pasen á tercer poseedor*, hasta que esta se extingue. Si se empeña ó hipoteca el título ó escritura de propiedad de la cosa, queda esta empeñada, aunque no se diga expresamente (2).

4. En cualquier contrato y obligacion, sea pura, condicional ó mixta, puede interponerse hipoteca especial y general, así al tiempo de celebrarse, como despues de celebrada. En la última se comprende toda

(1) L. 1, tit. 13, P. 3. — (2) LL. 3 y 14, tit. 13, P. 3.

clase de bienes habidos y por haber, y sus frutos (1), aunque con algunas excepciones que la ley establece, y son: los criados y el siervo ó sierva destinados á la servidumbre del que prestó la hipoteca, 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 (2), á no ser que la deuda corresponda al fisco, y así por lo mismo no deben ser embargados, ejecutados ni vendidos. Tampoco se comprende en la obligacion general la hipoteca que el deudor enagenó con expreso consentimiento de su acreedor, aunque vuelva luego al dominio ó poder del mismo deudor, porque la accion que se extingue no revive; lo que una vez se hace enagenable, siempre lo queda; y supuesto que renunció de ella, no debe volver á quedarle sujeta ni obligada, si no es por nuevo contrato (3).

5. *Voluntario* ó *convencional* es el que se hace por palabras y convenio de las partes. Puede hacerse tambien por testamento, como si un individuo legase á otro cien pesos anuales, hipotecando para el pago los bienes raices que dejase á su heredero. *Judicial* es el que se hace por la via ejecutiva regular.

6. *Expreso* es el que se manifiesta por las palabras de los contrayentes. *Tácito* el que se constituye por la ley, bien sea apoyando la voluntad presunta de las partes, en cuyo caso le llaman algunos *convencional*, ó bien sin atender á voluntad alguna, y entónces se le llama puramente *legal*. A la primera de estas dos especies del contrato tácito pertenece la hipoteca 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

(1) L. 16, tit. 13, P. 3. Cur. Filip., *Com. terr.*, lib. 2, cap. 3, n. 4, y 6 al. 13. — (2) L. 3, tit. 13, P. 3. — (3) Matienz. en la ley 7, tit. 11, lib. 3 de la R., glos. 1, n. 37. Carlev., tit. 3, disp. 22, n. 8. Cur. Filip., *Com. terr.*, n. 3.

en la misma casa el arrendatario. A la propia especie pertenece la hipoteca que tiene el dueño de un campo arrendado en los frutos que produjo (1); la que tiene el legatario en los bienes del testador (2), y la que compete al que prestó dinero para guarnir ó rehacer alguna nave, ó para hacer ó reparar alguna casa ú otro edificio, sobre la nave ó edificio en que se empleó el dinero (3). A la segunda especie pertenecen las siguientes hipotecas: 1ª La que tiene el fisco por la alcabala y demas derechos en las cosas que se venden, cambian ó permutan; y por los tributos reales, personales, ordinarios y extraordinarios en los bienes del que los debe y en los de aquellos que los cobran ó hacen arrendamiento ú otro convenio para recogerlos (4). 2ª La del pupilo en la cosa suya que otro compró, hasta que este haya pagado todo el precio (5). 3ª La que tienen los menores en los bienes de sus guardadores desde el día que empezaron á usar su oficio hasta que hayan dado las cuentas (6). 4ª La que tiene el marido para asegurar la cobranza de la dote que se le prometió, en los bienes del que le hizo la promesa, ya fuese su muger ó ya otra persona (7). 5ª La que tiene la muger en los bienes de su marido por razon de la dote ó bienes parafernales que recibió (8). 6ª La de los hijos en los bienes de su madre que casa por segunda vez, en razon de las donaciones que le hizo su primer marido, padre de ellos, á cuyo favor están reservadas (9). 7ª La de los hijos en los bienes de su madre viuda, que despues de haber sido su guardadora, contrae matrimonio. Esta hipoteca se extiende á los bienes del nuevo marido,

(1) L. 23, tit. 24, lib. 4 de la R., ó 13, tit. 34, lib. 44 de la N. V., el tit. 3 de este lib. n. 31. — (2) L. 26, tit. 13, P. 3. — (3) L. 26, tit. 13, P. 3. — (4) L. 23, tit. 13, P. 3. L. 8, tit. 48, lib. 9 de la R., ó 9, tit. 9, lib. 4 de la N. — (5) L. 23, tit. 13, P. 3. — (6) L. 23, tit. 13, P. 3. — (7) La misma, l. 23. — (8) L. 47, tit. 44, P. 4. — (9) L. 26, tit. 13, P. 3.

hasta que los hijos tengan guardador, y les den cuenta y recado de lo suyo, como dice la ley (1). 8ª La de los hijos por razon de sus bienes maternos en los de su padre, fructuario de ellos que los administra; y si los bienes de este no fueren bastantes, pueden los hijos demandar los suyos enagenados por el padre á cualquiera que los tuviere: pero esto último se entiende cuando los hijos no quisieren heredar ni tener parte en los bienes del padre (2).

7. Los que pueden enagenar las cosas, porque son dueños de ellas, pueden empeñarlas, y aun aquellos que tienen algun derecho en las cosas, aunque no tuviesen el señorío de ellas. Si alguno, esperando el señorío de cierta cosa, la empeñase ántes de tenerlo, y en efecto lo tuviese despues de haberla empeñado, valdria esto como si lo hubiera hecho despues de ser ya dueño (3). Gregorio Lopez (4) dice, hablando de este caso, que el que empeña quedaria desde luego obligado; pero no lo quedaria la cosa hasta que la adquiriese el que la empeñó. Esta opinion tiene en su apoyo una ley (5), en que se previene que para que el acreedor pueda usar de su derecho de peños, ha de probar que le empeñaron la cosa, y que quien lo hizo era dueño de ella; con cuya prueba se le debe entregar la cosa empeñada que demanda. Es verdad que el mismo Lopez (6) dice que el requisito del dominio solo es necesario cuando el acreedor quiere intentar la accion hipotecaria contra un tercer poseedor, y en efecto, de él habla la ley; mas para intentarla contra el mismo que empeñó la cosa, le basta probar que este la poseia con buena fe al tiempo en que la empeñó. El personero ó mayordomo empeñando alguna cosa de aquella persona de quien es personero ó mayor-

(1) La misma, l. 26. — (2) L. 24, tit. 13, P. 3. — (3) L. 7, tit. 13, P. 3. — (4) Glos. 2 de la misma ley. — (5) L. 18, tit. 13, P. 3. — (6) Glos. 1 de la misma ley.

domo, sin su mandato ni conocimiento, si el dinero que recibió por el empeño se invierte en utilidad del señor, y la cosa empeñada pasó á poder del que la recibió á peños, bien la puede retener hasta que cobre el dinero que dió sobre ella; pero si no pasó á su poder, aunque puede demandar su dinero al señor de la cosa, si se invirtió en utilidad de este, no puede exigir que le dé la cosa empeñada (1). El que tiene en guarda los bienes de algun huérfano, si fuere necesario empeñar alguna cosa de ellos en utilidad de este, puede hacerlo en las cosas muebles, pero no puede empeñar las raíces sin licencia judicial (2). Si el curador empeñase alguna cosa de las suyas para pagar deuda del huérfano ó por alguna otra cosa, valdrá el empeño contra el curador, aunque el huérfano no fuese obligado á pagar la deuda, porque no se hubiese invertido en utilidad suya (3).

8. Pueden ser dadas á peños las cosas corporales ó incorporales que están en el comercio de los hombres, y aun las que están por nacer, como los partos de los ganados y los frutos de los campos ó árboles. Los frutos y provechos de las cosas empeñadas pertenecen al dueño de estas, y así el que tiene aquellas cosas á peños, debe descontar de lo que se le debe el importe que percibiere de aquellos frutos y provechos (4), porque las cosas no se dan á peños para que las disfrute el que las recibe, sino para que le sirvan de seguridad por lo que se le debe (5). Nuestros autores admiten la doctrina (6) 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 hubieren dado á peños en seguridad de la dote que habian de darle (7).

(1) L. 8, tit. 13, P. 3. — (2) La misma ley. — (3) La misma ley. — (4) L. 2, tit. 13, P. 3. — (5) L. 1, tit. 13, P. 3. — (6) Decret. de Greg. IX, cap. *Salubriter* 16, de *usur.* — (7) Gom. en la l. 30 de

9. No pueden empeñarse las cosas que por naturaleza, ley, estatuto ó persona están privadas de enagenarse, ni las cosas sagradas y religiosas. Las meramente profanas de la iglesia y conventos solo podrán serlo con los requisitos que define el derecho (1). Tampoco puede ser empeñado el hombre libre, y quien lo recibiese á peños debe perder todo lo que diese por él, y otro tanto mas para él, ó si hubiese muerto para sus parientes. Exceptúanse de esta prohibicion los tres casos siguientes: 1º Si el que estuviese cautivo se empeñase á otro para salir del cautiverio. 2º Si alguno empeñase á su hijo, estando en extrema necesidad de hambre. 3º Cuando es entregado alguno en rehenes por razon de paz, ó por tregua ó por otra seguridad, ó por otra cosa semejante (2). Febrero dice (3) que cree no ser practicable el segundo de estos tres casos, por la limitacion que tienen los derechos de la patria potestad. No pueden ser empeñados los bueyes, vacas y bestias destinadas para arar, ni los arados y demas aperos necesarios para el cultivo de las tierras, ni los siervos que las labran; y si el juez ejecutor ú otro las *prenda* y hace entrega de ellas, debe pagar á su dueño el daño y menoscabo que por ello se le irrogue (4). La cosa agena no debe ser empeñada sin orden ó consentimiento de su dueño (5). Ni este puede empeñar lo que ya lo estuviere, sin permiso del primer acreedor, á ménos que sea cuantiosa y suficiente para ambos; y no siéndolo, está obligado á dar al segundo otra equivalente; y por el engaño puede el juez imponerle pena arbitra-

Toro, n. 30. Castill., lib. 3, *Controv.*, n. 23. Cobarr. *Var.*, cap. 1, n. 3. — (1) LL. 1 y 2, tit. 14, P. 1. L. 63, tit. 18, P. 3. L. 3, tit. 13, P. 3. LL. 7 y 10, tit. 2, lib. 1 de la R., ó 3 y 4, tit. 3, lib. 1 de la N. (Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 19, n. 7.) — (2) L. 3, tit. 13, P. 3. — (3) Febr. de Tap., lib. 2, tit. 4, cap. 19 n. — (4) L. 4, tit. 13, P. 3. L. 25, tit. 21, lib. 4 de la R., ó 13, tit. 31, lib. 11 de la N. — (5) L. 9, tit. 13, P. 3.

ria. Lo mismo procede cuando alguno empeña cosa agena, ignorándolo el que la recibe en empeño (1). Hay varias disposiciones sobre peños dadas por los vireyes de Méjico, prohibiendo que en las vinaterías y pulquerías y en las tiendas de pulpería, se reciban todas aquellas prendas que parezcan ser de alguna iglesia; los instrumentos conocidos de artes y oficios; las armas vedadas; las llaves ó chapas, porque suelen los inquilinos arrancarlas cuando se mudan clandestinamente de las casas; las libreas ó cosas de ellas; frenos, estrivos, hebillas y otros aderezos de guarnicion; cualquier otra cosa que se conozca no poder ser del que la empeña, si no interviene su legitimo interesado, y finalmente alhaja ó género nuevo en pedazo ó ropa que manifieste valer hasta dos pesos, y pueda admitirse en el Monte de piedad (2). Está prohibido tambien el recibir armas, municiones y demas concerniente al vestuario de los soldados, condenando á los transgresores en la devolucion de las prendas, con la pérdida de lo que hubiesen dado ó prestado sobre ellas, y mas cincuenta pesos de multa por la primera vez, reservando mayor castigo á proporcion de la inobediencia. (3). En otro bando (4), despues de repetirse las prohibiciones del primero que hemos citado, se previene que solo podrán recibirse en las tiendas la ropa nueva ó vieja y otras cosas que no se reciban en el Montepío por su corto valor, y dificil expendio, con tal que no sean de las prohibidas. Y se manda tambien que siempre que los tenderos presten sobre prendas, den al dueño un papel firmado en que asiente su nombre y al de aquel, y exprese claramente la cantidad suplida, abonándole como se acostumbra, por rayas las que le vaya entregando á cuenta poco á

(1) L. 10, tit. 13, P. 3. — (2) Bando de 23 de abril de 1781. Está en la *Rect de Aut. acord.* etc., del Sr. Beleña, tom. 2, n. 39, pág. 138. — (3) Bando de 8 de abril de 1790. — (4) De 4 de mayo de 1790.

poco, las que ha de estar en obligacion de recibirle.

10. El empeño ó hipoteca puede hacerse por escritura ó sin ella, por mensagero ó por cartas, estando presentes ó ausentes el dueño de la alhaja y el que la recibe, expresando con puntualidad sus señas para evitar dudas y equivoaciones (1). Puede hacerse puramente ó prefiniendo término, y poniendo condicion que no sea opuesta á la ley ni á las buenas costumbres, porque si lo es, no valdrá (2).

11. Hasta que se cumpla el término y condicion, no tiene accion á demandar la cosa empeñada el que la recibió á peños, á ménos que se presuma que su dueño hará fuga, pues en tal caso puede pretender que se le entregue por el empeño, ó que el deudor dé fianzas de que al tiempo prefinito se le dará (3).

12. Veamos ahora los derechos que tiene el acreedor en la cosa empeñada cuando el peño es especial. Puede demandar la entrega de la cosa al que se la empeñó ó á sus herederos. Y si este, antes de entregarla la enagenase de cualquier manera entregándola á otro, puede aquel á quien se empeñó primero pedir al deudor todo lo que le habia dado sobre ella, y si lo pudiese cobrar, no debe molestar al que la tiene. Pero no pudiendo hacer el cobro, puede pedir la cosa al que la tuviere (4), de suerte que el acreedor debe guardar en esto el mismo orden que contra el fiador, esto es, reconvenir primero al deudor que contrajo la obligacion. La ley (5) exceptúa el caso de que el deudor hubiera enagenado la cosa despues que el acreedor le movió pleito sobre ella, pues entónces podrá este demandar la deuda al deudor ó la cosa empeñada al que la tenga, segun mejor le pareciere. Si un hombre debe dinero á otro sobre prenda, y despues contrae otra deu-

(1) L. 6, tit. 13, P. 3. — (2) L. 12, tit. 13, P. 3. — (3) L. 17, tit. 13, P. 3. — (4) L. 14, tit. 13, P. 3. — (5) La misma.

da con el mismo, recibiendo dinero sin prenda, aunque pague el primer crédito, puede el acreedor retener la prenda hasta que le pague el segundo. Pero esto se entiende solamente con el deudor y con sus herederos, pues si acaeciese que el dueño de la prenda la empeñase ó vendiese á otro, estando todavía en poder del primer acreedor, podría aquel pedir á este la prenda, dándole lo que prestó sobre ella, y no podría resistir su entrega á título de la otra deuda contraída sin prenda (1). La ley (2) hablando de la segunda deuda referida añade la calidad de que sea *con carta*; pero Gregorio Lopez (3) dice que lo mismo se entiende aunque sea sin ella. Esta es la opinion comun de los doctores, y que aquel requisito se pone por ejemplo.

13. Si al tiempo de constituirse el peño pactasen el acreedor y el deudor que si este no redimiese su prenda dentro de un plazo determinado, pudiese aquel vender la cosa empeñada, la podrá vender, pasado el término, en la manera convenida; pero ántes deberá hacerle saber al deudor que la empeñó, si se hallare en el lugar, y no hallándolo, á las personas que encontrare en su casa. Hecho esto por el acreedor, ó si no lo pudiese hacer por alguna razon, puede proceder á la venta públicamente en almoneda, á buena fe y sin engaño, devolviendo al deudor el sobrante del precio, pagada la deuda, ó cobrando lo que falte para completarla (4). Tambien podrá vender la prenda el acreedor, aunque el empeño se haya hecho sin plazo fijo para la redencion, ni se haya expresado nada sobre la venta de la cosa, con tal que preceda intimacion al deudor en presencia de hombres buenos para que la redima, y aquel no lo haya verificado dentro de doce dias, si la cosa es mueble, ó en treinta siendo raiz. Puede igual-

(1) L. 22, tit. 13, P. 3. — (2) La misma. — (3) Glos. 3 de la misma ley. — (4) L. 41, tit. 13, P. 3.

mente vender el acreedor la cosa empeñada, aun cuando se hubiese pactado lo contrario; mas para ello debe requerir al deudor por tres veces delante de hombres buenos, y dejar pasar dos años despues del último requerimiento. Tanto en este caso como en el anterior se debe hacer tambien la venta de buena fe en almoneda (1).

14. El acreedor tiene facultad de empeñar á otro la cosa que hubiere recibido á peños; pero si el deudor le pagase la deuda, podrá este recobrar su alhaja del segundo que la recibió á peños, quien tendrá derecho para exigir del que se la empeñó que le dé otra prenda igual, ó que le pague lo que le debe (2).

15. El acreedor no puede comprar la alhaja empeñada si no es 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 se la adjudique, y el juez deberá hacerlo, atendiendo á la cantidad de la deuda y valor de la prenda (3). No puede el acreedor hacer uso de la prenda sin consentimiento del deudor, y debe poner exacta diligencia en su conservacion, pues si se pierde ó deteriora por su culpa, tiene obligacion de indemnizar á su dueño (4).

16. Sobre los pactos prohibidos en este contrato, véase el n. 28 tit. 9, y el n. 86 tit. 10 de este libro.

17. Las acciones que nacen de este contrato son la *hipotecaria* y la *pignoraticia*. La *hipotecaria* es la que corresponde á aquel en cuyo favor obligó el deudor alguna finca ó cosa inmueble. La *pignoraticia* es directa ó contraria. La primera se da al deudor para reclamar la alhaja luego que el acreedor está satisfecho de su deuda, ó depositada judicialmente la paga, si el segundo no quisiere recibirla. Con esta accion se pide no solo

(1) L. 42, tit. 13, P. 3. — (2) L. 35, tit. 13, P. 3. — (3) L. 44, tit. 13, P. 3. — (4) L. 20, tit. 13, P. 3.

la prenda, sino todos los daños causados á ella por dolo, culpa, lata ó leve del acreedor (1). La segunda se da al acreedor restituida la prenda. Con esta accion se indemniza al acreedor de todos los gastos ó menoscabos que haya tenido en la conservacion y guarda de la prenda (2); y tambien se le da contra el deudor cuando este le dió la prenda como un equivalente del débito y luego resulta no serlo, ó no de tan buena calidad como aseguró el deudor (3).

18. PREFERENCIA DE LOS ACREEDORES ENTRE SI. Antes de entrar en esta materia debe advertirse que si alguno quiere vindicar ó pedir por derecho de dominio alguna cosa que está en poder del deudor, por ejemplo un caballo depositado, es preferido á todos los acreedores en razon de aquella cosa (4). Pero si esta fuese de las que se suelen contar, pesar ó medir, no tendrá esta preferencia el que dió en depósito la cosa (5). Gregorio Lopez (6) da por razon que en este caso le falta el dominio, pues pasa al depositario, como establece expresamente otra ley (7). Sentado esto, decimos que los intérpretes dividen á los acreedores en cinco clases. 1^a Los singularmente privilegiados. 2^a Los hipotecarios privilegiados. 3^a Los hipotecarios no privilegiados. 4^a Los no hipotecarios privilegiados, que solo tienen privilegio meramente personal. 5^a Los no hipotecarios sencillos que no tienen privilegio alguno.

19. A la primera clase pertenecen los acreedores por los gastos de entierro, cuyo cobro prefiere expresamente la ley (8) á todas las deudas del difunto de cualquier manera que las debiese, con la prevencion de que tales gastos sean hechos mesuradamente segun las

(3) L. 24, tit. 13, P. 5. — (2) La misma. — (3) [Febr. de Tap., lib. 3, tit. 4, cap. 1, n. 13. — (4) L. 9, tit. 3, P. 5 al fin, vers *Mas*. — (5) La misma ley. — (6) Glos. 1 sobre la misma ley. — (7) L. 2, tit. 3, P. 5. — (8) L. 12, tit. 13, P. 1. L. 30, tit. 13, P. 5.

circunstancias del difunto, y refiere las cosas que deben entenderse por estas *despensas*, añadiendo que primero se hagan de bienes muebles del difunto, si los hubiere, y en su defecto, de los inmuebles. Pertenecen tambien á la primera clase los acreedores por razon de los gastos del testamento, inventarios ú otra diligencia semejante, necesaria para formar el patrimonio y proceder á la paga de las deudas. La ley (1) compara estos gastos á los del entierro. Gomez (2) añade que debe decirse lo mismo de lo que se gastó en la enfermedad del deudor difunto.

20. A la segunda clase pertenecen: 1^o El fisco por lo que se le debe, y la muger en los bienes del marido por razon de su dote (3). 2^o El que dió dinero para rehacer ó reparar una nave, casa ú otro edificio, ó para proveer la nave de armas, ú otras cosas que fuere menester, ó para dar de comer á los marineros ó gobernadores de ella, si con efecto se empleó en ello el dinero; pues semejante acreedor es preferido por el derecho de hipoteca, bien sea expresa, ó bien tácita, que tiene sobre la nave, al acreedor que tuviere de antemano empeñada la nave ó casa á su favor (4). La razon que da la ley es, *que con los dineros que él dió fué guardada la cosa que se pudiera perder*. 3^o El huérfano en la cosa compra la con dinero suyo, respecto de otro acreedor hipotecario á quien estuviere obligada con hipoteca general por el que compró la cosa (5). 4^o El que prestó dinero para comprar una cosa con pacto de que le habia de estar obligada por él hasta que lo cobrase. Este tiene mayor derecho en la cosa que otro acreedor anterior á quien estuviesen obligados generalmente los bienes del deudor (6). 5^o Los señores de las tierras para cobrar su renta ó arrendamiento son preferidos en los frutos

(1) L. 8, tit. 6, P. 6. — (2) En la ley 30 de Toro. — (3) L. 33, tit. 13, P. 5. — (4) L. 23, tit. 13, P. 5. — (5) L. 30, tit. 13, P. 5. — (6) L. 30, tit. 13, P. 5.

de las mismas tierras á los otros acreedores de cualquier calidad que sean (1).

21. El fisco por el cobro de la alcabala, tributos y demas derechos, se prefiere á los acreedores de hipoteca tácita, porque la obligacion de satisfacerlos está inherente á los bienes y es inseparable de ellos; mas no tiene preferencia sobre los acreedores que tengan hipoteca anterior expresa especial ó general. En los bienes de los que contratan con él y de los administradores, cobradores y recaudadores del haber fiscal, goza del mismo privilegio en concurrencia de otro acreedor hipotecario, sin mas prerrogativa, como si se hubiesen adquirido despues de celebrado el contrato, ó de haber entrado en la administracion de la hacienda fiscal, pues en los que adquirieron ántes no es preferido á los acreedores de hipoteca expresa anterior especial ó general, ni en los de sus mugeres; ni tampoco en los adquiridos despues del contrato fiscal es preferido á los hipotecarios con privilegio de menor edad, tutela, dote y otro semejante, porque estos acreedores tienen doble privilegio, el de la hipoteca con antelacion de tiempo, y el de la menor edad etc.

22. En los demas contratos con el fisco, si concurre con un acreedor privado, y no hay duda en la anterioridad y posterioridad de hipotecas de ambos, se han de observar las reglas siguientes. 1ª El fisco por razon de la hipoteca que le compete en sus contratos, es preferido á los acreedores quirografarios anteriores del deudor. 2ª Si el fisco tiene hipoteca expresa, aunque sea posterior, es preferido á los anteriores de hipoteca tácita. 3ª Si concurre el fisco con otro acreedor anterior que tenga hipoteca expresa especial ó general sin privilegio, debe ser preferido el primero en tiempo; y si lo es dicho acreedor, será su prelacion en los bienes

(1) L. 23, tit. 21, lib. 4 de la R., ó 6, tit. 11, lib. 10 de la N.

que tenia el deudor ántes de contratar con el fisco, pues en los adquiridos despues la tendrá este sobre los acreedores anteriores aunque tengan hipoteca general expresa. Pero si el acreedor privado, á mas de la anterioridad de tiempo, tiene algun privilegio ó cualidad, como menor edad, tutela, dote etc., será preferido al fisco, no solo en los bienes adquiridos ántes de contratar con este, sino en los que adquirió despues. 4ª El fisco por el privilegio que le compete en la accion hipotecaria y juntamente en la personal, tiene mayor derecho que otros acreedores, y por él es preferido á los que solo tienen privilegio en lo personal, ó son personales privilegiados como los menores; por lo que, si estos concurren y no tienen hipoteca expresa, será preferido el fisco aunque sea posterior en tiempo, al modo que la dote, y lo mismo procede en los demas privilegiados en la hipoteca.

23. El fisco tiene tambien preferencia sobre los acreedores anteriores de hipoteca expresa, en los frutos de los bienes hipotecados ántes de contratar con él de cualquier clase que sean, habiendo nacido despues del contrato fiscal, y estando en poder del deudor, y no en el de otro, á quien hubiese enagenado los bienes.

24. No obstante que en la cosa dada ó vendida á dos sugetos en diversos tiempos, es preferido el que tomó posesion de ella, aunque sea posterior; si alguno celebra contrato sin hipoteca con el fisco y con un particular, el primero será preferido, aunque se haya hecho la entrega posteriormente al segundo, por el privilegio de hipoteca tácita en sus contratos. Si un predio fiscal se vende al fiado, no solo queda obligado tácitamente el comprador á la solucion de su precio, aunque no se obligue, sino tambien los demas bienes suyos, ménos cuando la venta es á pupilo ó menor, pues entonces solo tiene hipoteca tácita en el predio vendido, y no en los demas bienes del comprador.

25. En cuanto á la preferencia de la dote sobre los acreedores que no sean el fisco, si la dote ha sido verdadera y entregada al marido ante escribano y testigos sin fraude ni simulacion, será preferida por la hipoteca tácita á todos los anteriores que la tengan, y á los posteriores de hipoteca general expresa, considerándose la anterioridad ó posterioridad desde el dia de la celebracion del matrimonio y no ántes. Del mismo privilegio gozará, aunque no conste la entrega ante escribano, ni en juicio contradictorio con los demas acreedores, con tal que la muger purifique en forma legal por otro medio haberla llevado al matrimonio y entregado á su marido (1). Tambien será preferida á los acreedores posteriores que tengan hipoteca especial expresa sin calidad de prelacion. Respecto de la preferencia de la dote se debe advertir: 1º Que se exprese formalmente que la muger lleva sus bienes al matrimonio por dote. 2º Que si la muger es rica, se entiende que en la promesa de contraer matrimonio se comprende tácitamente la de llevar sus bienes en dote, á no ser que el marido tenga con que alimentarla, pues entónces no se presume, si no se expresa. 3º Que el privilegio de la dote verdadera no se extiende á la putativa.

26. No es preferida la dote á los acreedores anteriores del marido que tengan hipoteca expresa, especial ó general en sus bienes (2). Tampoco lo es la dote legítima al acreedor posterior que prestó graciosamente dinero al marido para alguna finca ó cosa determinada, ó construir ó reedificar alguna casa ú otro edificio, si en efecto lo destinó á estos objetos, é hipotecó la cosa especialmente á la responsabilidad del dinero, y al tiempo del préstamo se pactó expresamente que se le entregaba el dinero para ello. En tal caso será preferido

(1) L. 33, tit. 13, P. 5. — (2) LL. 28 y 29, tit. 13, P. 5.

este acreedor en la finca referida. Si el dinero prestado fué para reparar nave, casa ú otro edificio, ó pagar su alquiler, ó el del almacén en que está la cosa, ó conducirla de una parte á otra, ó satisfacer su trabajo á los oficiales que se emplearon en ella, ó alimentar á los sirvientes ó al ganado, ó para otro beneficio de la misma cosa, y se prestó simplemente sin pacto ni convencion, será preferida la dote al prestador, y lo será tambien el fisco, excepto que sean posteriores en tiempo (1).

27. Las cinco clases referidas tienen preferencia una respecto de otras segun el órden expresado. Vamos á tratar ahora de los casos en que concurren dos ó mas acreedores de una misma clase.

28. Cuando hay esta concurrencia es preferido por lo regular el que tiene derecho mas antiguo (2), que las leyes romanas explicaban por esta regla: *Qui prior est tempore, potior est jure*: El que es primero en tiempo, es preferido en derecho.

29. En cuanto á la preferencia de los acreedores de a 1ª y 2ª clase, cuando concurren dos de una misma de ellas, no hay apoyos de leyes expresas, ni opinion generalmente recibida. Dirémos sin embargo, con sujecion á mejor dictamen, que debe ser preferido en la 1ª clase el acreedor por los gastos del entierro, pues ademas del apoyo que tiene su prioridad en las muchas leyes que hablan de su privilegio, lo persuade así el que la causa pública y la religion demandan que estén expeditos los medios de facilitar los entierros de los cadáveres.

(1) Sobre el caso de que no conste la entrega de la dote, pero haya sido confesada por el marido en contrato ó última voluntad, estan discordes los autores porque no hay decision legal. V. al Febr. de Tap., lib. 3, tit. 4, cap. 3 de donde se ha tomado lo dicho en los nn. anteriores acerca de la preferencia del fisco y la dote.

(2) L. 27, tit. 13, P. 5.

30. Respecto de los acreedores de la 2ª clase 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 arrendatarios debieron tener intencion de que los frutos se hicieran de estos, sino por medio de la paga; y de consiguiente que no habiéndose hecho esta, permanecen de algun modo en el dominio del dueño, y el colono los tiene como por depósito. Lo cierto es que estando pendientes ántes de percibirse, son del dueño de la tierra como parte de ella. Nos inclinamos tambien á que por lo tocante á nave ó casa debe ser preferido á todos el que dió dinero para su refaccion ó reparo, por la sólida razon que da la ley, y hemos copiado en el n. 20. Si concurren solos la dote y el fisco, obtendrá la prelación el que sea anterior en tiempo (1) á ménos que en algun caso particular les competa especial privilegio, pues entónces se dará al que lo tenga. Si se dudare cuál es primero en tiempo, será preferida la dote legitima, con tal que el fisco no se halle en posesion de los bienes del deudor, porque hallándose, será pospuesta (2).

31. Entre los acreedores de la 3ª clase es preferido el mas antiguo en tiempo (3). La ley (4) pone como excepcion el caso de que un hombre pidiese á otro dineros prestados sobre alguna cosa que le diese á peños *é ficiese carta sobre sí*, ó se obligase de otra manera á pagarlos, ántes que hubiese recibido aquellos dineros, y despues obligase aquella cosa misma á otro, recibiendo luego los dineros de aquel á quien la obligó últimamente; y dice que aunque el primero á quien la habia obligado pagase despues lo que habia prometido

(1) Greg. Lop. en la L. 33, tit. 13, P. 5, glos. 2. — (2) Feb. de Tap. lib. 3, tit. 4, cap. 3, n. 24. — (3) L. 27, tit. 13, P. 5. — (4) La misma.

prestar sobre la cosa, quedaria obligado á aquel á quien despues fué empeñada. Pero en realidad este caso no es una excepcion, porque el acreedor que la ley llama segundo, tiene el derecho de peños ántes del primero, y de ahí le viene la prioridad. Tampoco se opone á lo dicho la ley (1) que dice que el acreedor que probare 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 fuese anterior á la de la escritura pública: pues si se ve atentamente esta decision con lo demas de la ley, se conocerá que se funda en que el escrito privado no está del todo libre de la sospecha de que pudo suponersele una fecha anterior al tiempo en que se hizo, cuya supercheria no tiene lugar en la escritura pública. Persuade tambien este modo de pensar la segunda parte de la misma ley, en que se establece que sería preferido al acreedor de la escritura pública el que tuviese 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. Gregorio Lopez (2) dice que la razon es que por estas circunstancias tiene fuerza de instrumento público el documento ó carta privada; es decir que se halla tan libre de sospechas de fraude como la escritura pública. Cobarruvias (3), fundado en esta doctrina, prueba bien que siempre que constase plenamente que la carta ó escritura privada era mas antigua que la pública, debería ser aquella preferida. En este particular hay en una ley (4) cierta especie digna de notarse, y es que si el juez ha mandado dar alguna

(1) L. 31, tit. 13, P. 5. — (2) Glos. 8 de la ley anterior. — (3) *Pract. quæst.*, cap. 12. — (4) L. 13, tit. 13, P. 5.

cosa en peños á un individuo, y ántes de que se le entregue la da el dueño á otro individuo en peño convencional, y se la entrega, este segundo es preferido al primero. Cuya doctrina pone como ejemplo de una regla que establece, á saber, que los empeños mandados hacer por el juez no obligan hasta que se entregue la prenda, á diferencia de los convencionales, que son obligatorios luego que los otorgan las partes.

32. De la 4ª clase solo encontramos en nuestras leyes al que dió en depósito cosas que se suelen contar, pesar ó medir por cuenta, peso ó medida. Este, aunque pierde el dominio de ellas, como vimos arriba (n. 18), tiene en las mismas cosas privilegio de ser preferido á los demas acreedores que no sean hipotecarios (1).

33. En la 5ª clase hay tres especies de acreedores, que deben ser preferidos entre sí segun el orden siguiente. (2). 1ª Los acreedores que justifiquen su crédito por escritura pública. 2ª Los que lo justifiquen por documento privado escrito en papel del sello que corresponde á su calidad y cantidad. 3ª Los que lo justifiquen con documento extendido en papel comun (3). La ley (4) dice que los acreedores de la 2ª especie tengan lugar entre sí mismos conforme á su antelacion; y aunque no lo previene respecto de los de la 1ª, creemos que debe observarse lo propio, porque á mas de no aparecer ninguna razon de diferencia, lo exige notoriamente la equidad. En los de la 3ª especie no debe observarse esta regla, sino la que da otra ley (5), y es

(1) L. 9, tit. 3, P. 5 y en ella Greg. Lop. glos. 3. — (2) L. 48, tit. 23, lib. 4 de la R., ó L. 3, tit. 24, lib. 10 de la N.

(3) La ley de 6 de octubre de 1823 previene en su artículo 10 que todo título ó documento, sea cual fuere, que no estuviere extendido en papel del sello que le corresponda segun la misma ley, no hará fe en juicio.

(4) La de la R., últ. cit. — (5) L. 11, tit. 14, P. 3., claus. *Mas si todos los otros.*

que deben recibir á prorata lo que les tocara. La ley solo habla de los acreedores quirografarios y no de los hipotecarios; pero teniendo tanto lugar la citada regla en los hipotecarios no privilegiados, y pudiendo ocurrir en los escritos de sus obligaciones los mismos fraudes que la ley quiso evitar, no dudamos afirmar que todo lo que acabamos de decir en cuanto á los quirografarios, debe observarse en los hipotecarios no privilegiados.

34. La obligacion de peños, como accesoria, se acaba por todos los modos que extinguen la principal, y de que trataremos en el tit. XXIII. Hay otros en que conservándose esta, se acaba aquella, y son: 1º Si se pierde ó consume del todo la prenda sin culpa del deudor, segun aquel famoso axioma: *Los deudores de determinada especie se libertan por parecer esta sin culpa suya.* Decimos que *si se pierde ó consume del todo*, porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiere mudado de estado, se conserva en lo que quedare: 2º Por la remision ó condonacion tácita ó expresa del acreedor. La tácita se entiende cuando ocurre algun caso que la hace presumir y la prueba, tal es si el acreedor restituyese al deudor la prenda ó la caucion de su derecho, por lo cual se entenderia que le remitia el derecho de peños, pero no la deuda, si no es que dijera expresamente que se la perdonaba (1). 3º Por la prescripcion, si alguno poseyere la prenda con buena fe por espacio de treinta años sin distinguir cual sea el poseedor, al tenor de lo que dijimos de los censos (2), cuya doctrina es enteramente aplicable al asunto de peños de que hablamos.

(1) L. 40, tit. 13, P. 5. — (2) Tit. 14 de este lib., n. 33.