

Granada - 24 Sept 1891.

4

ALEGATO DE BIEN PROBADO
QUE LA PARTE
DE D. JUAN TUSET Y MALET

PRESENTÓ

EN LOS AUTOS DE TERCERÍA DE DOMINIO Y PREFERENCIA

CON

D.^A JOSEFA GARCÍA MELLADO

Y SU ESPOSO

D. JOSÉ OLIVER SAMOS Y COLLANTES,

SUSCITADOS

con motivo de la ejecución entablada contra el último,
para cobro de varias cantidades,
en el Juzgado de primera instancia del distrito del Salvador
de esta Capital.

GRANADA:

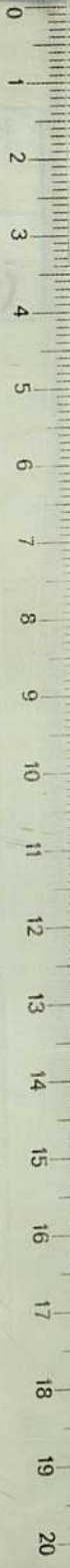
IMPRESA Y LIBRERÍA DE F. REYES Y HERMANO,

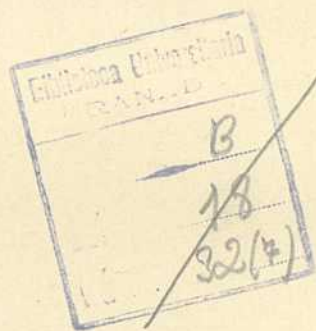
Plaza del Ayuntamiento, 15.

1874.

BIBLIOTECA
Sala: C
Estante: 002
Número: 054 (4)

2 400 40





ALEGATO DE BIEN PROBADO

EN EL PLEITO QUE SIGUE

D. JUAN TUSET Y MALET

CON

D.^a JOSEFA GARCÍA MELLADO

Y SU ESPOSO

D. JOSÉ OLIVER SAMOS Y COLLANTES.



BIBLIOTECA HOSPITAL SAL
GRANADA

Sala: C

Estante: 004

Número: 054 (4)



ALEGATO DE BIEN PROBADO

EN EL PLEITO QUE SIGUE

D. JUAN TUSET Y MALET

CON

D.^a JOSEFA GARCÍA MELLADO

Y SU ESPOSO

D. JOSÉ OLIVER SAMOS Y COLLANTES.



THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

D. JUAN TUSTY Y MAESTRO

DEPARTAMENTO DE ECONOMIA

INSTITUTO DE ECONOMIA

R/24477

ALEGATO DE BIEN PROBADO
QUE LA PARTE
DE D. JUAN TUSET Y MALET

PRESENTÓ

EN LOS AUTOS DE TERCERÍA DE DOMINIO Y PREFERENCIA

CON

D.^a Josefa García Mellado

Y SU ESPOSO

D. José Oliver Samos y Collantes,

SUSCITADOS

con motivo de la ejecución entablada contra el último
para cobro de varias cantidades,
en el Juzgado de 1.^o Instancia del distrito del Salvador de esta Capital.



GRANADA:
IMPRESA Y LIBRERÍA DE F. REYES Y HERMANO,
Plaza del Ayuntamiento, 15.

1874.

AL JUZGADO.

DON José María Gonzalez Castro, á nombre de D. Juan Tuset y Malet, vecino de esta ciudad, en los autos con D.^a Josefa García Mellado y su esposo D. José Oliver Samos y Collantes, de Lanjaron, sobre tercería de dominio y á la vez de preferencia que reclama la Sra. García, evacuando el traslado que se me ha conferido, digo: Que vistas por V. S. las pruebas practicadas y en conformidad al mérito que producen, se ha de servir sentenciar en definitiva, como tenemos solicitado en nuestros escritos de contestacion y súplica (folios 104 y 202), absolviendo á mi parte de la demanda de D.^a Josefa García Mellado, y condenando á esta señora en todas las costas del presente pleito; pues como lo pido procede por la resultancia de autos y consideraciones siguientes:

La Ley, con solícito cuidado, ha atendido á la defensa de los seres débiles ó incapaces que no se bastan á sí mismos, ya lo sean por la naturaleza ó por los efectos del organismo social.

Justo es, por tanto, se dispense proteccion y amparo á la mujer casada que, sujeta á la direccion de su esposo,

no se puede precaver contra los funestos resultados de su desastrosa administracion.

Además de ser en general poco apta para los negocios, desconoce muchas veces los contratos que celebran en su daño. Entregada á la vida doméstica y consagrada por completo á los deberes conyugales y á la educacion de los hijos, la buena madre no cuida de sus propios intereses, abandonándolos con sublime abnegacion por otros más elevados que abren en su corazon la fuente perenne de los santos afectos de la maternidad.

Los Códigos antiguos y modernos de la mayoría de los pueblos cultos han establecido, por lo tanto, disposiciones precautorias encaminadas á la conservacion de los bienes y especialmente de las dotes, poniéndolos á salvo de las malversaciones de la potestad marital, á que la ley concede una fuerza casi incontrastable respecto de la mujer que la está sometida.

Á medida que esa potestad ha sido más exaltada y se ha robustecido más, se ha dado mayor fuerza á las garantías de la mujer, que durante el matrimonio tiene como en suspenso los derechos civiles de su personalidad jurídica, encomendados al cariñoso anhelo de su consorte y defensor natural.

Así lo vemos en la legislacion del pueblo romano, genitor verdadero de la raza latina. Á pesar de que allí y en la época anterior al Cristianismo la mujer casada no era ante la ley la fiel compañera del marido en mútuo y positivo auxilio, sino la súbdita, ó por lo menos la hija de familia algo más crecida que sus propios hijos, pero sometida al poder marital como éstos al paterno, se establecen restricciones y garantías á las facultades del jefe de la familia para impedir que disipe ó malgaste el patrimonio de su mujer.

Una de esas garantías, acaso la más eficaz, fué la hipoteca legal en favor de la dote, de cuyos orígenes proviene la establecida en el derecho español, extendida á las veces á los bienes parafernales y á las arras mismas que el marido dona á su esposa, aunque en estas dos últimas clases de bienes solo en ciertos y determinados casos.

Los hombres abusan de todo. Las pasiones y los intereses estimulan de tal manera que no hay límite ni coto que contenga en la pendiente, cuando á ella nos arrastra el deseo, ofuscándonos hasta desoir los gritos de la conciencia. Esto ha sucedido con las garantías dotales.

Falseando el espíritu de las leyes, separándose del objeto santo para que las estableció el legislador, han servido esas precauciones para llegar á los reprobados fines de una insolvencia maliciosa en daño de terceras personas que han contratado de buena fé, y que, lejos de perjudicar á la mujer casada, la han suministrado medios en utilidad comun del matrimonio, para la satisfaccion de sus más apremiantes necesidades ó para librarlo de las angustias supremas de la más espantosa miseria.

Entonces esos privilegios de la ley, esas hipotecas creadas por el derecho, han tomado un aspecto repugnante, como lo llevan siempre los medios que sirven á la realizacion de los reprobados fines de toda inmoralidad. Entonces las miradas del legislador han buscado con solícito afan el remedio á tamaños males, para sacar incólume la lealtad de la contratacion de las intrigas y malos manejos de que era víctima, y más antes la jurisprudencia de los tribunales ha procurado modificar el derecho escrito, ganosos como lo están siempre del triunfo completo de la justicia que representan.

La última evolucion del derecho moderno, aleccionado en la triste experiencia del pasado, ha venido con esa tendencia salvadora; y si ha mantenido las hipotecas legales en garantía de los intereses de la familia, tambien las ha sujetado á ritualidades y precauciones que las hace inofensivas á otros derechos no menos legítimos y respetables.

La reciente ley hipotecaria, participando de ambas miras, la de proteger el patrimonio de la mujer casada que solo quiere guarecerse contra la desgracia ó la impericia de su marido, y la de que á la sombra de esas precauciones no se abuse para damnificar la contratacion de buena fé, ha establecido disposiciones muy dignas de atencion y

de aplauso, que se han creído suficientes para cortar de raíz todas esas simuladas quejas que, sin realidad verdadera, han venido constantemente asaltando á los acreedores que tenían la desgracia de tropezar en su camino con personas poco dispuestas á realizar sus compromisos, aun cuando para burlarlos pasasen por encima de sus deberes morales, parapetándose con falsas é hipócritas apariencias de respetabilísimos derechos.

Los desvelos de esos esclarecidos jurisconsultos, autores de ese monumento insigne de la legislación moderna, ¿no darán los apetecidos frutos de la reforma? ¿Serán posibles todavía esas funestas demandas de preferentes derechos que con tanta frecuencia han ocupado á los tribunales de justicia? ¿Quedarán burlados, á pesar de los claros preceptos de la indicada ley, los incuestionables derechos del acreedor legítimo? ¿Sorprenderán todavía al hombre más diligente y cuidadoso que ha prestado su dinero bajo la garantía de buenas, saneadas y valiosas hipotecas, las maquiavélicas combinaciones de un matrimonio adunado para la explotación de privilegios funestos? ¿Será, por último, imposible librarse, marchar con planta segura en el desembarazado campo de la libre contratación, ó quedaremos siempre aplastados bajo la malicia que se desprende sobre nosotros como pesada roca en el momento preciso en que debíamos hacer efectivas las ofertas, garantidas con todas las ritualidades del derecho?

De seguro que no. Los ajigantados esfuerzos de la reciente ley hipotecaria no quedarán burlados por los inventos ingeniosos ni por las estudiadas maniobras de los que, como D. José Oliver y su esposa, fian en los ardidés la destrucción de los derechos legítimos de un tercero, que están garantidos por las leyes y cobijados por la razón; y si bien han podido provocar el debate en que nos hallamos, porque la facultad de demandar no se niega ni á la misma temeridad, son de tal temple las armas que nos suministra la nueva legislación hipotecaria, que contra ellas se embotarán todos los ataques de nuestros agresores, quedando triunfante una vez más, como debe serlo, la causa

de la justicia, sin que puedan empañar su brillo esplendoroso ni los hálitos impuros de dolorosos lamentos, ni los fingidos ayes de calumniosas imputaciones.

Demostrar la exactitud de estas ideas preliminares será el objeto de nuestros trabajos en el presente ALEGATO. Confiamos en que, despues de prestarnos el Juzgado su atencion con la deferencia que siempre dispensa á las alegaciones de las partes, llegará á participar de la persuasion en que se halla mi parte de que las aspiraciones de la demandante, y del deudor que le coadyuvan, no van á liberar los bienes ni los derechos dotales de D.^a Josefa García Mellado, sino á cansar y agobiar al acreedor, á quien se ha jurado cruda guerra, sin otro motivo que el haber ejercitado los recursos concedidos por la ley para hacer efectivo el reembolso de los capitales adelantados á D. José Oliver, cuando no recelaba que por esta generosa accion se le habia de hacer objeto de enconos y animadversiones. Si lo conseguimos, como nos lo proponemos, el Juzgado tiene sobrada rectitud para hacer que se cumpla la ley y que los que así quieren burlarla sufran un amargo desengaño.

Para llevar á cabo esta tarea vamos á adoptar el método más sencillo y que en nuestro concepto facilita más la inteligencia de este asunto y la discusion de los puntos sometidos á la controversia del presente litigio. Vamos á hacer una breve reseña de los hechos ocurridos con antelacion al juicio que inicia la demanda de D.^a Josefa García Mellado, segun que la evidencian las pruebas practicadas, y vamos á tratar despues con separacion de las dos absurdas y contradictorias pretensiones que en esa demanda se han formulado, hasta reducir á una sola, pero justificada consecuencia, la de que son ambas desestimables, en su forma y en su fondo, y que por lo tanto, obrando en justicia, como cumple á la probada rectitud del Juzgado, hay necesidad de convertir en un fallo ámpliamente absolutorio las frases de nuestro anterior suplicatorio, que no es otro que el consignado ya en la contestacion á la demanda y reproducido en el escrito de dú-

plica con que terminó el período de la discusión, puesto que no han variado de aspecto los términos del debate durante el de prueba, que ha traído con sus diligencias y con sus vacíos nuevas demostraciones de cuanto entonces expusimos con la más completa convicción.

I.

Historia de los hechos, según las pruebas.

1.º En el año de 1841, á 14 de Febrero, contrajo matrimonio en Guadix D. José Oliver con D.ª Josefa García Mellado y Lopez, y al día siguiente 15, por ante el escribano D. Ángel Sanchez Freila, en union con D. Rafael Peñuela y su esposa D.ª María del Cármen García, hermana de la D.ª Josefa, otorgaron escritura aprobando la cuenta y particion que por fallecimiento de D.ª Josefa Lopez, madre de ambas, practicaron los partidores contadores el Licenciado D. Torcuato Martinez Dueñas, el referido D. Rafael Peñuela y el escribano autorizante. En una cláusula se consignó que D. José Oliver «recibia en el acto la ropa, alhajas, »dinero y efectos señalados á su mujer la D.ª Josefa, no »tan solo por su legítima materna sino tambien la paterna, »ascendiente á treinta y siete mil seiscientos cincuenta y »seis reales, veintinueve maravedís, dándose por entregado con igual renuncia de la de las cosas no recibidas de »presente, las fincas adjudicadas en ambas legítimas, »cuyo importe total hacen ciento treinta y cinco mil setecientos treinta y siete reales, seis maravedís y medio, »sobre cuya suma le señala, por razon de arras, diez mil »reales, á cuya cantidad siempre será responsable, *sin »perjuicio de que dicha su mujer, luego que pasen á la ciudad de Granada, le otorgue la correspondiente escritura »del capital que aporta al matrimonio, respecto á no ser »posible el hacerlo en este acto por falta de documentos que »existen en dicha ciudad.*»

2.º No es fuera de propósito consignar aqui que la totalidad de la hijuela materna, segun la particion aprobada en dicha escritura, y que obra por cabeza de ella, ascendia á noventa y ocho mil ochenta reales, once y medio maravedís, en estos valores: en cuatro fincas rústicas, tres de ellas tierra de huerta y otra tierra de vega en Guadix, en sesenta y dos mil ciento treinta y tres reales, catorce maravedís; dos eras de pan trillar, en tres mil seiscientos reales; seis cuevas y mitad de otra, en dos mil trescientos cincuenta y nueve; diez mil reales en efectivo, y diez y nueve mil novecientos ochenta y siete reales, treinta y uno y medio maravedís, en alhajas, ropas y efectos de casa. Que los bienes de la legitima paterna ascendian á treinta y siete mil seiscientos cincuenta y seis reales, veintinueve y medio maravedís, consistentes, segun particion de 1838, en una casa en la villa de Orce, de cuatro mil doscientos reales de valor; diez y ocho pedazos de tierra, algunos de viña, en términos de dicho pueblo, de Huéscar y Galera, valuados en veintinueve mil setenta y cinco reales, veintiun maravedís, y en efectos de casa, ropa y enseres, que en gran parte no podian existir, ó por lo menos que debian estar muy deteriorados cuatro años despues en que se otorgaba esta escritura, y que habian sido valorados en dicha particion en cuatro mil trescientos ochenta y un reales, ocho maravedises. (Folio 84, pieza de prueba de la actora.)

3.º No consta documentalente ni se ha probado que D. José Oliver tuviese entonces, cuando su matrimonio, capital alguno propio ni por donacion de sus padres, y mucho menos que éste pasase de cien mil reales, que necesitaba para donar en arras diez mil; pero lo suponemos.

4.º Tampoco se ha probado ni intentado probar, ni se ha alegado siquiera, que se haya cumplido el propósito de que habla la escritura ya mencionada, respecto al otorgamiento de otra del capital que aportara al matrimonio D.ª Josefa García Mellado despues que vino á esta ciudad, y cuando ya debian haber tenido á su disposicion los documentos que les hacian falta para otorgar ésta la segunda

escritura, que quedó en proyecto, y cuya omision, ya casual, ya maliciosa, es de gran importancia para la garantía de los derechos de la demandante, segun despues y en sus lugares oportunos habremos de demostrar.

5.º Lo que sí se ha justificado es que D.^a Josefa García Mellado y su esposo D. José Oliver acudieron en 16 de Junio de 1841 al Juzgado primero de primera instancia de esta capital, escribanía de D. Eustoquio de los Reyes, solicitando licencia para vender los bienes de la D.^a Josefa, por las cantidades de su adjudicacion; porque le era dispendiosa la administracion de sus fincas, que no eran unidas en una ó dos, sino separadas á largas distancias y lejos de su domicilio, conviniéndole, para hacerse aun más rica, emplear esos capitales en fincas situadas en Granada ó en Lanjaron, ó en mejorar las varias que en ambos términos pertenecian entonces á D. José Oliver, quien se suponía arraigado en ambos pueblos por cantidad seis veces mayor que el capital de su esposa. Nombrado curador ad litem de la D.^a Josefa el procurador D. Francisco Antonio Lopez, discernido el cargo á éste, dada informacion de tres testigos, conformes en la utilidad de las enajenaciones y evacuada en el mismo sentido la audiencia conferida al expresado curador, se dictó auto en vista en 19 del indicado mes, concediéndoles «la licencia y facultad en derecho necesarios para que vendan dichos bienes *en el precio de sus adjudicaciones*, en la particion de que se hace mérito en la solicitud que obra por cabeza de estas actuaciones, *y no en menos*, á cuyo fin se les entregue original este expediente ó se les franquee testimonio que soliciten en todo lo que S. S. interpuso su autoridad y judicial decreto.» (Folio 10 vuelto al 36 de la pieza de prueba de D. Juan Tuset, y 18 vuelto á la 22 de la respectiva de las pruebas de la parte actora.)

6.º ¿Qué enajenaciones se hicieron á virtud de esta autorizacion? ¿Cuántas cantidades se recaudaron de las ventas realizadas? ¿Qué fincas se compraron con los capitales así obtenidos? Bien quisiéramos dar noticia exacta al Juzgado de todos estos particulares, para completar la histo-

ria que vamos narrando con el más decidido propósito de una rigurosa exactitud. Desgraciadamente la parte actora y D. José Oliver no han querido hacer luz sobre este punto, aunque cohonestando su silencio con pretextos más ó menos inaceptables, pero con tendencia manifiesta á dominar los obstáculos que á sus pretensiones habian de oponer los datos auténticos y oficiales, acerca de cuya importancia ya más adelante nos ocuparemos.

7.º Lo único que han probado es que D. Cayetano Oliver, como apoderado de D.^a Josefa García Mellado, segun el que le otorgara á 26 de Marzo de 1855 ante el escribano D. Antonio María Rivera, y en el *exclusivo nombre de la indicada señora*, vendió, en escritura de 16 de Abril del mismo año, en la villa de Orce, ante el escribano de Huéscar D. Pedro Martínez Rodríguez, las fincas que ésta habia heredado de su padre, situadas en aquel término y en el de Galera, á D. Salvador Sanchez, de aquel domicilio, en la suma de *veinticuatro mil quinientos reales*, que recibió dicho apoderado, sin que se sepa si los entregó ó no á la señora de Oliver. (Folio 115 vuelto al 119 de pieza de prueba de la parte actora.)

8.º Se ha certificado tambien que no resultan con utilidades amillaradas para el pago de contribucion de inmuebles, cultivo y ganadería, respectiva al último año económico, ni D. José Oliver ni su esposa D.^a Josefa García Mellado, en los distritos municipales de Guadix (folio 100), Galera (folio 110) y Orce (folio 121); siendo de notar que articulado por D.^a Josefa García Mellado que se expidiese compulsorio al notario archivero de esta capital D. Luciano Écija para que datase testimonio de una escritura de venta que se supuso otorgada en 30 de Octubre de 1843 por D. José Oliver á favor de D.^a Josefa Torres, de una finca en la vega de la expresada ciudad, de la herencia materna de D.^a Josefa García; de otra escritura ante D. Eustoquio de los Reyes, fecha 18 de Junio de 1841, otorgada por D. José Oliver y su esposa, de dos huertas situadas en Guadix, en favor de D. Rafael Peñuela, y de otra escritura, ante el citado escribano, de 8 de Julio

de 1842, en que tambien se supone que ambos cónyuges vendieron al mismo comprador Peñuela la mitad de una huerta llamada la Grande, de la vega de Guadix, no llegó á cumplimentarse esta diligencia, segun las repetidas del archivero Écija, fechas 31 de Diciembre y 15 de Febrero últimos, por ser tal el estado de confusion de los archivos que se le han entregado, que era imposible su búsqueda. (Folios 125 á 129 de la misma pieza de prueba.)

9.º Ya antes el notario de Huéscar D. Diego Herrero Fernandez dió fé de que no aparecia en los protocolos de su cargo que en el año de 1843 se otorgase documento alguno por ante el escribano D. Joaquin Fernandez Ginér; no obstante de que la Sra. D.ª Josefa García aseguró en sus articulaciones que ante aquel notario y en 8 de Julio de 1843, su marido vendió á D. José María Egea algunos bienes que no detalla y pudo ser lo mismo con los testimonios pedidos á Écija. (Folios 105 y 114 vuelto de la misma pieza de prueba.)

10. Para concluir con estos hechos de que nos ocupamos, débense mencionar, aunque inconexos sean á los puntos que se analizan, esto es, á la venta de bienes que fueron de D.ª Josefa García Mellado, á su precio y al destino que á éste se le diera, que D. José Oliver adquirió, muchísimos años despues y pasadas largas épocas de las complicadas negociaciones de su vida, unas finquillas de escasísimo valor en la villa de Lanjaron, unas con título escrito y otras sin él.

De esta última clase, sin título escrito, son las dos hazas de la Sacristía, que remató á su favor en 13 de Noviembre de 1843 D. Justo Collantes, cuyos herederos confesaron, en acto de conciliacion de 4 de Julio de 1861, la certeza de la cesion hecha en favor del D. José Oliver, puesto que no habia mediado documento público con que éste lo pudiera acreditar (folio 49 vuelto al 54 de la misma pieza de prueba), habiendo sido preciso inscribir la posesion para la anotacion preventiva de su embargo.

Con título adquirió tres predios: uno en 22 de Enero de 1857, ante D. José Hernandez, en que compró D. José Oli-

ver á José Jimenez Jaraba, en la cantidad de *trescientos veinte reales*, un pedazo de tierra secano, de fanega y media, en el pago la Campiñuela de Lanjaron; otro, un pedazo de corral, lindero al huerto de la casa que Oliver heredó de su padre, que compró aquel á D.^a María y D.^a Ana Mora, en precio de *seiscientos treinta y cuatro reales*, en 28 de Noviembre de 1866; y el tercero, una casita pequeña, confinante á la misma casa de Oliver, compuesta de corral, cuadra y bodega, en bajo, y en alto cocina y dormitorio, que le vendió Juan Rivas Jimenez, en 4 de Diciembre del mismo año de 1866, en precio de *dos mil setenta y seis reales*, siendo las tres escrituras ante D. Cayetano Hernandez, notario de Lanjaron, sin que conste se hayan inscrito á su favor. (Folios 34, 28 y 24 de la misma pieza de prueba.)

11. Despues de estas pequeñas adquisiciones que hizo D. José Oliver en su propio nombre y sin manifestar que lo hiciera con dinero de su esposa, ni que procediera de la venta de bienes traídos por ella ó que constituyeran su dote, D. José Oliver hizo varias reparaciones en su casa núm. 9 de la plaza de Lanjaron, de su herencia paterna, ya con la mayor extension del suelo en que edificó, sin que haya terminado sus proyectadas obras, ni abonado su importe, por lo cual ha constituido un crédito hipotecario sobre dicha casa, por cantidad de tres mil quinientas pesetas, liquidadas en 1.º de Octubre de 1867 y en favor de D. Manuel Cobos Álvarez, perito suyo en este asunto, aunque no vino á otorgar la escritura hasta 5 de Agosto de 1871, ya comenzados los ejecutivos de D. Juan Tuset y aun practicada ampliacion de embargo á instancia del mismo, en que se comprendió la casa referida, pero antes de que se tomase del embargo la anotacion preventiva.

12. Tambien D. José Oliver hizo algunas mejoras en las hazas de la Sacristía que le cediera D. Justo Collantes, como queda referido, y que, confinando con el cortijo de la Campana, (que le habia sido adjudicado privadamente y sin título escrito á la muerte de su padre, en la mitad reservable de los vínculos que como primogénito le cor-

respondian), le convino agregar para que disfrutasen del beneficio de sus aguas en plantíos de olivares y naranjales, como en efecto los ha plantado; en cuyas mejoras, que suponen de gran importancia y que realmente no la tienen, apenas invirtió lo que obtuvo en el producto del carboneo de encinas y leña de los olivos que arrancó en los terrenos de las expresadas hazas y del indicado cortijo. (Folios 139 y 150 al 153, pieza de prueba de D. Juan Tuset.)

13. Los peritos nombrados por D. José Oliver, aunque ya fuera del término probatorio y con manifiestas nulidades, elevan á 44,121 rs. 50 cénts. los mejoramientos hechos en estos predios, y á 64,584 las obras de la casa número 9 de la plaza de Lanjaron y del molino harinero del Rio, que también heredó Oliver, aunque sin título escrito; pero, además de los testigos en contra que hemos suministrado, resulta de la prueba pericial sobre el valor en renta de estos predios, que sin defectos ni tachas y por peritos de mútuo nombramiento evaluaron en 366 pesetas el arrendamiento de la casa, en 175 el molino harinero, en 150 el molino de aceite de la casería la Campana, en 1,260 pesetas los terrenos de la casería con las dos hazas de la Sacristía y cerro de Laite, y 26 pesetas 50 céntimos el huerto de la casa número 9 de la plaza, resulta, decimos, la exageracion con que se han calculado las mejoras. Tenemos la circunstancia muy notable de estar en ruinas la casa rural de la casería la Campana, y de estar en parte inhabitable la del número 9 de la plaza de Lanjaron. (Oficio del Administrador judicial, folio 58 de los autos ejecutivos.)

14. No sabemos con qué dinero se hayan hecho estas mejoras, ni acerca de este punto se ha suministrado prueba alguna. Consta sí documentalmente que en 4 de Julio de 1867, es decir, cuando se acometian las referidas obras y mejoras, que D. José Oliver recibió en préstamo de D. Eduardo Gonzalez Chia la cantidad de 59,038 rs., hipotecando á su solvencia el cortijo de la Campana, como de su *exclusivo dominio*, segun escritura de dicha fecha ante

D. Agustín Martín Vázquez, notario de esta ciudad, crédito que cedió el acreedor á D. Juan Tuset en 12 de Marzo de 1868, por ante la fe de D. Francisco Javier del Castillo, notario de esta ciudad.

15. Conocemos tambien con seguridad que el mismo D. José Oliver recibió en préstamo de D. Juan Tuset y en 31 de Marzo de 1868 20.000 reales, ampliando á favor de este acreedor la hipoteca *de todo el cortijo de la Campana*, que, como de su *propiedad exclusiva*, afectó D. José Oliver. En fin, es indudable que en 6 de Febrero de 1869 volvió á recibir de D. Juan Tuset el mismo deudor 45.000 reales bajo la hipoteca tercera del prédio de la Campana, ofreciendo Oliver la entrega de los títulos del dominio (pues solo tiene inscrita una informacion posesoria) que ostentaba en toda la finca dentro del plazo de un año, oferta que no ha cumplido. Tambien se consignó en las escrituras de estos tres créditos que *toda otra hipoteca posterior quedaria pospuesta*.

16. D. Juan Tuset inscribió sus derechos en el Registro de la Propiedad de Órgiva en 31 de Marzo de 1868, tomo 6.º por orden de fechas, inscripcion núm. 230, en 22 de Abril de 1868, folio 241 y en 23 de Febrero de 1869 tomo 7.º por orden de fechas, inscripcion 115. (Folio 183, 184 y 187 de la pieza de prueba de mi parte; y folios 61 y 66 de la respectiva á la actora).

17. Así las cosas, D. José Oliver, accediendo á los deseos de su esposa, en 24 de Diciembre de 1869 otorga escritura de hipoteca legal á favor de D.^a Josefa García Mellado por la cantidad de 135.737 reales 6 y 1/2 maravedises que por legítima paterna y materna habia obtenido dicha señora, más por la cantidad de 10.000 reales que en concepto de arras le habia ofrecido; y como habia dado el valor de 40.000 escudos al cortijo de la Campana, aunque este estaba ya hipotecado por tres veces, como hemos referido, lo sujetó por cuarta vez á esta hipoteca legal de su mujer, declarándose en la escritura, que fué otorgada ante D. Cayetano Hernandez, que esta hipoteca no perjudicaria á tercero más que desde la fecha de su inscripcion, que lo

fué en 8 de Enero de 1870, tomo 7.º por órden de fechas, folio 277, inscripcion núm. 300. (Folio 191 pieza de prueba de D. Juan Tuset; y folio 37 de la de la actora).

18. Despues de las hipotecas á favor de D. Juan Tuset quedaban aun cuantiosos bienes á D. José Oliver, y eso que ya habia vendido en 27 de Enero de 1867 en precio de 72.000 reales, á D. Eduardo Gonzalez Chia, la casa número 17 antiguo y 4 moderno de la calle del Escudo del Cármen, de esta ciudad, y que aquí no mencionamos nada que no esté consignado en autos. Despues de esas hipotecas y próximas á la constitucion de la legal á favor de D.ª Josefa García Mellado, esta misma señora, con poder de su marido, vendió en 15 de Noviembre de 1869, esto es, pocos dias antes de la escritura de hipoteca legal, la casería de la Cerda en favor de D. Eduardo Gonzalez Chia, y por la cantidad de 15.000 duros, de los que recibió en el acto en su propia mano 55.574 reales. (Folio 90, pieza de prueba de D. Juan Tuset).

19. Aún quedaban bienes á D. José Oliver y entre ellos considerables olivares en Calicasas; y la misma D.ª Josefa García Mellado, en 6 de Diciembre de 1870, es decir, casi un año despues de su hipoteca legal, vende autorizada para ello por su marido veinte y dos fincas en término de dicho pueblo, por la cantidad de 70.000 reales, de los que recibió en el acto la misma D.ª Josefa 32.853 reales 93 céntimos. (Folio 113, pieza de prueba de D. Juan Tuset).

20. Vencieron los plazos de los tres créditos hipotecarios de D. Juan Tuset; y no habiendo obtenido su solvencia, á pesar de las reiteradas gestiones que hizo en el terreno amistoso con D. José Oliver, despues de convencerse que habia un ánimo decidido de no pagarle y llegando hasta el extremo D. José Oliver de amenazarle con que haria estériles las reclamaciones judiciales por virtud de su fecundo ingenio y de sus hábiles maniobras, D. Juan Tuset tuvo que deducir su demanda ejecutiva, y en su consecuencia se hicieron los embargos en el cortijo de la Campana, como finca afecta. No creyéndose suficiente, fueron precisas ampliaciones en que se comprendieron la

casa núm. 9 de la plaza de Lanjaron, el molino harinero del rio del mismo pueblo, las hazas de la Sacristía, varios muebles de insignificante valor, y en último extremo el cortijo de Montevive, situado término de Alhendin y la Malá. Es de notar en este momento que D. José Oliver puso resistencia al embargo de la casa y demás fincas, bajo el supuesto de ser *más que suficiente garantía* de la ejecución trabada el embargo del cortijo de la Campana; y que ya hecho el de la casa, aunque no la anotación preventiva, otorgó en favor de D. Manuel Cobos, perito que después ha intervenido á su instancia en estos autos con un éxito muy favorable para él, una hipoteca de 3.500 pesetas sobre la indicada casa, según queda dicho al núm. 11.

21. D.^a Josefa García Mellado, como último recurso del matrimonio Oliver para paralizar é inutilizar los autos ejecutivos de D. Juan Tuset, ha salido interponiendo para ambos fines su demanda de tercería de 13 de Enero de 1872, á los pocos días de haber recogido los últimos 32.853 reales 93 céntimos que produjeron las ventas de bienes de Oliver por ella efectuadas, y como no bastara á su propósito ostentar el carácter preferente de los créditos de las mujeres casadas, porque aun así la ejecución había de seguir su curso y desbaratarse por lo tanto los planes del matrimonio Oliver, debiendo resultar cantidades suficientes para cubrir no solo los créditos de D. Juan Tuset sino hasta los fantásticos de la misma demandante, ésta, sin reparar en los peligros de una exhuberante petición y de las manifiestas contradicciones de los extremos de la suya, lanza su tercería de dominio y á la vez de preferencia para impedir, de un lado la prosecución del litis ejecutivo; para estorbar de otro que este fuera fructífero á D. Juan Tuset, cuando, consumidas en costas grandes sumas, vinieran á terminar los procedimientos que así se consiguió complicar.

Con estos precedentes que nos suministra la historia fiel de lo ocurrido, según atestiguan los autos y las pruebas practicadas por ambas partes, vamos ya á cumplir nuestras ofertas del principio de este ALEGATO, examinando por

separado y con toda escrupulosidad las dos partes de esa compleja y contradictoria solicitud de D.^a Josefa García Mellado: la tercería de *dominio* bajo los múltiples aspectos é hipótesis imaginarias en que la quiere fundar; la tercería de *preferencia* que, como último cabo para salvarse en este naufragio, ha lanzado á la mar de la discusion, olvidando no solo las prescripciones del derecho antiguo, sino las del derecho moderno que invoca, y las tremendas responsabilidades á que llevaria á su propio esposo si, por acaso y contra toda probabilidad, llegasen á prosperar los desestimables recursos que ha empleado.

II.

Terceria de dominio.

Se han quejado D. José Oliver y su esposa de que mi parte haya asentado la protesta que consignó en el período de discusion, en órden á que todo lo expuesto sobre la tercería de dominio de la señora de Oliver era meramente hipotético, y hasta han querido significar uno y otro consorte que esta protesta era más bien un ardid de D. Juan Tuset ó la manera de eludir las consecuencias de los razonamientos que no fuesen ventajosos á su causa.

Se han equivocado grandemente D.^a Josefa García Mellado y su marido en estas apreciaciones. La representacion de D. Juan Tuset, con la sinceridad que le caracteriza, ha dicho una verdad que se comprende fácilmente. Sin los datos necesarios para formar opinion no es esta posible, y fueran más que ligeras y temerarias las defensas de esta parte, si de otro modo hubieran procedido al formar sus convicciones.

En efecto, hoy que ya han presentado D. José Oliver y su esposa cuantas pruebas han creido convenientes en apoyo de sus alegaciones, es cuando podemos formar un convencimiento definitivo basado en ciertos hechos y no aventurado á los errores y alternativas de suposiciones ima-

ginarias. Y ahora la parte actora verá con qué franqueza y con cuanta lealtad abrazamos el debate para decirle, no ya en hipótesis, sino de una manera resuelta, que es en nuestro sentir absolutamente infundada, de todo punto caprichosa y temeraria, la pretension de D.^a Josefa García Mellado en orden á la *tercería de dominio* con que ha venido deteniendo la prosecucion de los autos ejecutivos. Sostendremos más aún; que esa tercería bien se puede sostener sin peligro de error, solo ha sido un medio más que hábil é ingenioso, torcido, para impedir momentáneamente la realizacion de los bienes embargados, obligando así á mi parte á sostener esta contienda, que presentada en otra forma fuera escusable, y causando con ella perjuicios de mucha cuantía al acreedor legítimo D. Juan Tuset, que acaso no será posible indemnizarle, aunque las decisiones del juzgado vengan, como siempre, en auxilio de la causa justa y del derecho hollado que defendemos.

Y decimos más, no en el terreno hipotético sino en el de las seguras afirmaciones, que esta maniobra, ese ardid, este verdadero abuso del procedimiento establecido en la ley ritual vigente, será la causa única de que D.^a Josefa García Mellado pueda quedar desfalcada en sus aportaciones en el caso de que nuestras solicitudes triunfen, y los bienes no sean suficientes para el cobro de todos los créditos que pesan hoy sobre la responsabilidad de D. José Oliver; justa pena con que la Providencia castiga al que traspasa sus deberes, que allá donde se cree encontrar el objeto de sus afanes y reprobados fines, no se halla más que el castigo de las faltas propias.

Si estas indicaciones parecen declamatorias á D.^a Josefa García Mellado, y que nos las dictan la pasion ó el interés, suspenda un momento su juicio y oiga los fundamentos que vamos á exponer á V. S. y la convencerán de que bajo la contemplacion más fria y serena, bajo el propósito de buscar el acierto, huyendo de todo extravío, hemos formado esas opiniones con las sólidas bases que suministran de un lado las disposiciones legales y de otro las pruebas practicadas obrantes en este proceso.

D.^a Josefa García Mellado y su esposo arrancan los fundamentos de su solicitud, en orden á la tercería de dominio á que ahora nos vamos á concretar, de la escritura otorgada ante el notario D. Miguel Sanchez Freila de 15 de Febrero de 1841, (folio 84, pieza de prueba de la actora), porque, segun afirman, aquella escritura significa la constitucion de una dote *inestimada*, y porque los bienes en que consistia, vendidos despues con autorizacion judicial, se han subrogado en cuatro fincas situadas en Lanjaron, agregadas dos al cortijo de la Campana y otras dos á la casa núm. 9 de la plaza de la misma villa, y en las mejoras que se han hecho tanto en estas dos fincas como en el molino harinero del rio, que tambien situa en el mismo término municipal. El motivo de esta subrogacion se hace consistir en que se han costeadado las adquisiciones y las mejoras con el dinero que han producido esas ventas de la dote inestimada.

D. Juan Tuset va á sostener y á demostrar en el presente ALEGATO:

1.^o Que no hay dote inestimada, segun la indicada escritura de 15 de Febrero de 1841.

2.^o Que la subrogacion era imposible y no consta ni se ha intentado justificar que el precio de las ventas ó enagenaciones se haya destinado á la adquisicion de las fincas que menciona la parte actora.

3.^o Que ni siquiera se ha acreditado la enagenacion de los bienes en que dicha dote se supone constituida.

4.^o Que tampoco las mejoras, aunque diminutas y de escaso valor, resulta que se hayan hecho con el dinero de los bienes vendidos procedentes de la dote, si se concediera en hipótesis que esta fuera cierta.

5.^o Que aun en la suposicion contraria, esto es, en la de haberse invertido parte del precio aludido en las mejoras antedichas del cortijo de la Campana casa de la plaza y molino harinero, no por eso tendria dominio doña Josefa García Mellado en todo ni en parte de dichas fincas.

Probados estos extremos, como tenemos la seguridad

de evidenciarlos, es incuestionable que la tercería de dominio vendrá á convertirse en sueño del matrimonio Oliver, no quedando más que los tristes vestigios de su temeraria conducta.

1.º

De propósito al referir los hechos, segun que de las pruebas resultan, tuvimos el cuidado de copiar el párrafo de la escritura de 15 de Febrero de 1841, para demostrar con su claro tenor que era una creacion imaginaria de D.^a Josefá García Mellado la de que ella tenia un dote, y mucho menos dote *inestimada*.

El Juzgado sin duda fijará su atencion con toda escrupulosidad en ese documento público á que nos referimos, y observará que no solo falta en el único párrafo que contiene y que pudiera ser relativo á una constitucion dotal, la consignacion de las cláusulas y requisitos y circunstancias, que tanto por la Ley como por la práctica se exigen para formular la constitucion de una dote.

Por un lado llamará la atencion de V. S. que el documento se otorgó para un solo y muy distinto objeto, que fué la aprobacion de la cuenta y particion de los bienes quedados al fallecimiento de D.^a Josefa Lopez, madre de D.^a Josefa García Mellado; particion que habian practicado los contadores testamentarios el Licenciado D. Torcuato Martinez Dueñas, D. Rafael Peñuela y el mismo escribano D. Miguel Sanchez Freila: que así se consigna en la expresada escritura como causa de concurrir al otorgamiento la hermana de D.^a Josefa, D.^a Maria del Carmen García y su esposo D. Rafael Peñuela.

Por otro encontrará tambien el Juzgado, que si llegó á expresarse por D. José Oliver que recibia en el acto la ropa, las alhajas, el dinero y los efectos de las hijuelas materna y paterna ascendientes á 37.656 reales 29 maravedises y se dió por entregado de las fincas adjudicadas en ambas legítimas, no expresó el concepto con que los recibia, ni las condiciones con que se los dieron, ni aun si-

quiera que su mujer hiciese la entrega á otra persona en su nombre.

Ahora bien; si la dote inestimada es la porcion de bienes que la mujer entrega al marido para sostener las cargas del matrimonio, pero conservando ella el dominio ¿cómo puede decir D.^a Josefa García Mellado que ha constituido esta clase de dote, cuando no consta ninguno de los requisitos esenciales de este contrato dotal, no habiéndose marcado ni que se entregaban para sostener las cargas del matrimonio, ni que se retenia ó traspasaba la propiedad de los bienes entregados, y en este último caso, si con estimacion que causara venta ó sin ella?

Hay todavía más; D. José Oliver despues de sumar la totalidad de los importes de estos bienes que recibia, dice que sobre esa totalidad señala á su mujer por razon de arras 10.000 reales; y hecho este aumento, añade *á cuya cantidad siempre será responsable*. ¿De qué es responsable? ¿de la devolucion de los bienes ó de la cantidad? Siendo dote *inestimada*, como supone D.^a Josefa García Mellado, claro es que la responsabilidad del marido estába limitada á devolver en su dia los mismos bienes, subsanando los daños y menoscabos que, en ellos por su culpa y descuido, pudieran haberse ocasionado. En esta hipótesis ¿qué significacion tienen las palabras que dejamos subrayadas? No acertamos á comprender cómo suplirá esta omision la parte actora, ni cómo concertará las ideas antitéticas de la dote inestimada en que solo se devuelven bienes con la oferta de D. José Oliver de responder á cantidades. Nosotros entendemos que aquí no hay constitucion dotal, porque falta la expresion suficiente de las obligaciones respectivas de cada cónyuge, y por lo tanto no hay manera de conocer si se verificaba ó no venta de los bienes entregados, requisito esencial para la calificacion de la dote, de la cual dependen los derechos de la mujer que entrega y del marido que recibe.

Nos confirma en esta misma opinion de que aquí no hay dote ni estimada ni tampoco inestimada la salvedad que establece D. José Oliver al concluir este párrafo; y ténga-

se en cuenta que es el único que hay en la mencionada escritura que tenga conexión alguna con la supuesta dote. Dice en esa salvedad: «sin perjuicio de que dicha su mujer, luego que pasen á la ciudad de Granada, le otorgue la correspondiente escritura del capital que aporta al matrimonio, respecto á no ser posible el hacerlo en este acto por falta de documentos que existen en dicha ciudad.»

Si algo podemos deducir del enmarañado lenguaje de esta rarísima cláusula, que parece se ha escrito de propósito entre nubes de densa oscuridad para dar márgen á graves dificultades, es que Oliver daba un mero recibo provisional haciendo constar el importe de los bienes recibidos hasta tanto que, pasando á Granada, otorgase doña Josefa García Mellado la escritura correspondiente al pensamiento que no quisieron por entonces explicar ambos cónyuges; y como esta escritura segunda, en que las explicaciones habian de estamparse, no se ha llegado á otorgar, ha quedado todo envuelto en el misterio, y por lo tanto no ha salido de embrión ese proyecto dotal, si lo hubo, y no ha llegado á constituirse la dote, ni estimada ni inestimada.

De no ser así, según nuestra pobre opinion, habria que reconocer que todo lo que recibe el marido es dote, y esto no es verdad, porque el derecho escrito nos enseña, y es principio elemental que se aprende en las escuelas, que las mujeres entregan á las veces á sus maridos los bienes parafernales y con intencion de que tengan la administracion de ellos, ó reservándosela la misma mujer.

Despréndese de lo expuesto que si bien consta por la escritura de Febrero de 1841 que D. José Oliver confesó haber recibido y que se daba por entregado de bienes por cuantía de 135.737 reales 6 maravedises y medio, de cuya suma, y 10.000 reales más en concepto de arras prometidas, se hizo responsable, D.^a Josefa García Mellado no llegó á constituir dote de ninguna clase, y ni aun siquiera estos bienes como parafernales dejaron de ser suyos con el derecho á su administracion, quedando dueña ab-

soluta de todos ellos. Su marido no adquirió facultad alguna para disponer ni de su propiedad ni de su administración, porque para que esta facultad tuviera se necesita que conste se los había entregado la mujer con *intención* de que los administrase, como dispone la ley 17 del título 11 de la Part. 4.^a, no bastando que se justifique plenamente la entrega, si no se justifica también la transmisión del señorío de los mismos, según ha declarado el Tribunal Supremo de Justicia en sus sentencias de 23 de Mayo, de 21 y 29 de Octubre de 1864.

Ya ve D.^a Josefa García Mellado con cuánta razón dijimos en el período de discusión de este pleito que no podíamos aceptarla por entonces más que en el terreno hipotético. Nuestra reserva era por demás justificada y los hechos han venido á demostrarlo. La señora demandante lanzó la acción bajo el fundamento, que ella suponía completamente seguro, de que tenía dote y dote inestimada, y ahora, en vista de la documentación que ha presentado en justificación de su aserto, resulta que ese apoyo es efímero é imaginario, porque su dote quedó en proyectos, si es que proyectos hubo de constituirlos.

Las consecuencias que de aquí arrancan son bien patentes. «*Sublata causa tollitur effectus.*» Si D.^a Josefa García Mellado para deducir tercería de dominio necesita acreditar la constitución de la dote inestimada, cuyos bienes dice que se han subrogado en otros, que por esta causa le pertenecen, es de todo punto insostenible su demanda desde que nos encontramos con la falta de esa dote, y por lo tanto de sus privilegios, y entre ellos el que se la atribuye por la subrogación de las cosas compradas con el dinero de los dotales vendidos.

2.º

Borremos de una plumada las reflexiones anteriores. Supongamos que ellas no son ciertas ni eficaces. Establezcamos por un momento los precedentes contrarios, y demos por sentado que D.^a Josefa García Mellado tiene á su

favor dote y dote *inestimada*, consistente en todos los bienes que heredó de sus padres. Aun así, la tercería de dominio es de todo punto insostenible.

Como el Juzgado tendrá en memoria, D.^a Josefa García Mellado no reclama en este juicio los mismos bienes de las herencias de sus padres; pues ni el cortijo de la Campana, ni la casa de la plaza, ni el molino harinero del río, ni aun el cortijo de Montevive son parte de esas transmisiones hereditarias.

La demandante supone el dominio por la subrogación que imagina allá en su acalorada fantasía; y esta sustitución de los bienes reclamados por aquellos que ella heredó, la hace provenir de las ventas realizadas, y de lo que con su precio supone ya que no comprado, mejorado.

Mas esta nueva evolución no puede prosperar. Los bienes de la dote inestimada no son susceptibles de venta, toda vez que durante el matrimonio quedaban fuera del comercio humano. Así lo disponía el derecho antiguo á que se acoje D.^a Josefa García Mellado, como puede ver en la misma exposición de motivos de la primitiva ley hipotecaria, dato que no podrá contradecir por muy ofuscada que se halle.

En vano es que nos cite esa ley (49, tít. 5.^o, p.^a 5.^a) que subroga á la dote las cosas compradas con el dinero dotal. Esa ley no podía hablar de la dote *inestimada* cuyos bienes eran inalienables. Hablaba sí de aquellos que consistían en metálico, ó de bienes dados en calidad de estimados al marido, quien adquiría el derecho de enajenarlos.

Cuando esto ocurría y el marido compraba con beneplácito de la mujer algunos bienes con el todo ó parte del precio de los vendidos, entonces es cuando se subrogaban en la forma que pretende la actora.

En ese mismo caso, era preciso que desde luego en la adquisición se hiciera constar el consentimiento de la mujer, y la especialísima circunstancia de que el precio provenía de su dote. ¿Es esto lo que ocurre en el presente pleito? No, de ninguna manera. Las tierras de secano agregadas al cortijo de la Campana, parte de ellas, las hazas de la

Sacristía y las casa y cuadra unidas á la casa de la plaza, se compraron por D. José Oliver, sin que conste ni una ni otra circunstancia. Ni el beneplácito de D.^a Josefa García, ni mucho ménos la procedencia de su precio. Luego es meramente imaginaria la subrogacion á que aspira la parte actora.

Convengamos en que la práctica admitia contra la disposicion legal, que los bienes de la dote inestimada se vendieran por ambos cónyuges, cual hoy concede la ley hipotecaria, y aunque esa práctica, como contraria á la ley, no puede sancionarse por los tribunales, y no sabemos que en contrario sentido hayan obrado, todavía falta el concurso de las dos circunstancias que dejamos mencionadas, el beneplácito de la señora de Oliver en la cómpreda y la adquisicion con el dinero de la venta de sus bienes.

3.º

Ni ¿cómo habia de demostrar estos dos requisitos, si no ha probado aún el hecho de la venta de sus fincas dotales, de que habia de provenir el metálico para las cómpredas en que ostentar quiere un derecho de propiedad la demandante? En efecto, D.^a Josefa García se ha contentado con traernos las certificaciones de que, hoy por hoy, en el amillaramiento de Orce, Galera, Huesca y Guadix no la resultan utilidades algunas sobre que gire la contribucion de inmuebles, y de aquí quiere deducir que los ha vendido y que el dinero de su precio es el que ha servido para las adquisiciones de que nos habla.

El medio es ingenioso, pero no de fuerza legal, porque no ha llegado á presentar un antecedente cierto, y no es lógica la consecuencia. Pues qué, ¿solo por la venta cesa el dominio? ¿No hay inundaciones que arrasan las fincas de vega, como lo son algunas de las que heredó de sus padres? ¿No pueden otras haber sufrido siniestros que las destruyan, como por ejemplo, el hundimiento de las cuevas, y el incendio de las casas? Y en fin, ¿no han podido ser reivindicadas por otros legítimos títulos y haber

perdido así su propiedad la mujer, sin responsabilidad de su marido?

No decimos que haya sucedido alguno de estos trastornos ó novedades, pero sí sostenemos que la justificación traída con los certificados de amillaramiento no justifican lo que la actora necesitaba probar, y por lo tanto que falta el fundamento capital de la argumentación.

Solo nos ha traído un testimonio de la escritura de venta de bienes en Orce y Galera, que hizo su apoderado D. Cayetano Oliver; pero sobre no ser esta suma más que de veinte y cuatro mil quinientos reales, suma muy corta en relación al valor de las fincas que pide hoy como dueña, hay que tener presente que la venta no se hizo en nombre de Oliver, y el precio no sabemos si lo entregó el apoderado; y en caso de entregarlo, si lo hizo, como era natural, á la misma demandante, dueña de lo vendido. Ese documentó nada dice, pues, en favor de lo sostenido en las alegaciones de la parte actora; antes por el contrario, la perjudican.

La falta de la prueba de las ventas trae otra dificultad para las pretensiones que combatimos. Esas ventas pudieron ser en menos precio del de las adjudicaciones, y de aquí resultarían dos consecuencias de gran trascendencia. Una, que no alcanzando la autorización concedida por el Juzgado de 1.^a instancia de esta capital en el expediente ante D. Eustoquio de los Reyes más que para vender por el precio de la adjudicación, *y no en menos*, serían nulas, (aunque siempre lo son), de haber contravenido á esa condición, y por lo tanto tendría la señora de Oliver la acción de nulidad de esas ventas: carecería por consiguiente de potestad dominical en otros bienes que supone temerariamente se han subrogado en su lugar. Otra, que ínterin no se sepa el importe de las ventas no se sabe qué metálico entró en poder de ella ó de su marido, y por lo tanto que hubiera posibilidad siquiera de que fuese dado en los precios de los bienes comprados por Oliver en Lanjarón.

Luego faltan las bases esenciales en que descansa ese castillo de naipes que ella sueña ó aparenta soñar ha de

ser tan fuerte como la propiedad legítima, propiedad que no se puede demandar en juicio sin que tenga su acreditación en un justo título debidamente inscrito, como hemos indicado en otros escritos, y siendo nula toda reivindicación entablada sin este previo y necesario requisito.

Y en vano es que clame contra la conducta del notario Ecija, ni que intente esparcir sospechas que rechazamos de la manera más enérgica, y que en todo caso no son los medios legales concedidos para conseguir las pruebas del juicio en que discutimos, pues á ella le tocaba vencer toda clase de resistencias.

En resúmen, la dote cuestionada es inalienable, y no ha podido producir dinero para comprar fincas que están ahora subrogadas. En caso contrario, la venta no está probada. Y en último término, ni en las adquisiciones se ha consignado nada de que se hubieran efectuado ni con el dinero procedente de la dote, ni con beneplácito de la señora demandante. Despréndese de aquí la falta de fundamento para suponer subrogados esos bienes á que alude D.^a Josefa García Mellado; y para deducir esa tercería, bajo el concepto de un dominio que solo existe en el febril deseo de la demandante, y en el conocido propósito de complicar la ejecución despachada contra su marido, como ya dejamos indicado más de una vez.

4.º

Si no resulta probado que las cuatro fincas compradas por D. José Oliver lo fuesen con dinero de las respectivas á la dote inestimada de D.^a Josefa García Mellado, vendidas por ésta, tampoco se ha demostrado que ese dinero procedente de la dote se destinara á los mejoramientos, ya sean de mayor ó menor importancia, que se efectuaron en los predios que D. José Oliver heredó de su padre ó que obtuvo como inmediato sucesor de los vínculos que éste poseyó.

Por mucho que corra la imaginación de la señora Oliver, por mucho que la ciegue el interés, no puede desco-

nocer que en juicio todos estamos obligados á la prueba de nuestras afirmaciones, con especialidad la parte actora, para no exponerse al grave riesgo de perder su causa bajo el imperio de aquella sentencia de nuestros antiguos prácticos: *Actore non probante, reus est absolvendus*.

Los falsos supuestos no dan fundamentos sólidos en que descansar puedan las peticiones de las partes, si han de prosperar en juicio; y ciertamente D.^a Josefa García Mellado se limita á hacer meras suposiciones en este interesante extremo.

Todo lo que ha hecho su esposo D. José Oliver, coadyuvando la causa de la actora, se reduce á elevar la suma de esas mejoras; y esto no es suficiente á robustecer la demanda, aunque las pruebas no fuesen inaceptables, como despues demostraremos que lo son.

Separádonos ahora de la cuantía de esas mejoras, de su costo y de su valor actual, cosas que examinaremos despacio, cuando sea oportuno, y dando por supuesto que sean ciertas, nos basta para repeler la demanda, aun en esta parte, la sola circunstancia de que no se ha justificado, como preciso era, que se hayan costado las mejoras con el dinero procedente de la supuesta y negada dote de D.^a Josefa García Mellado.

Esta parte rechaza y niega la suposicion aludida, con cuya negacion le basta, segun la ley 2, tít. 14, p.^a 3.^a, para desvanecer los argumentos contrarios, siendo un axioma metafísicamente cierto que la negacion subsiste mientras la afirmacion no se prueba.

Sin embargo, si no más clara, más justificada habrá de quedar nuestra negativa, cuando demostremos que no es posible lo que nos asegura la demandante, y con tal intento nos permitiremos algunas observaciones que nos parecen concluyentes:

1.^a Al solicitar D.^a Josefa García Mellado y su esposo del Juzgado primero de 1.^a instancia de esta capital autorizacion para vender los bienes de las herencias de sus padres, dijo que su producto convenia destinarlo á la compra de fincas en Granada ó Lanjaron, ó á mejorar las

que poseia su marido en una y otra parte. Pero es el caso que *entonces* no tenia Oliver ni el cortijo de la Campana, ni la casa núm. 9 de la plaza, ni el molino harinero del Rio que obtuvo á la muerte de su padre. Luego á estas fincas no pudieron aplicarse esos fondos, porque la autorizacion judicial que conceptuaron necesaria no era extensiva á ellas, porque no estaban en su dominio.

2.ª Si D. José Oliver no hubiera tenido más dinero que el de las ventas de bienes de su esposa, se diria que indudablemente faltaron á la autorizacion judicial que habian solicitado como precisa, pero que es muy cierto invirtieron ese metálico, así adquirido, en estas mejoras de las fincas heredadas por Oliver, siendo indiferente el cambio de los predios beneficiados, respecto del derecho de la mujer en el capital empleado y que procedia de su dote.

Mas para hacer este argumento necesitaba evidenciar que el dinero con que se han hecho las mejoras no podia ser otro que el procedente de la dote, y se requeria en ese caso, á falta de pruebas directas, la circunstancia indefectible de que el marido no hubiese recibido fondos por otros conceptos, ni de otras procedencias. Solo en esta hipótesis tendríamos suplido el silencio de las escrituras de adquisicion y de las pruebas testificales, en orden á las obras con que las fincas de Oliver se han mejorado.

¿Es esto verdad? D. José Oliver no ha tenido más dinero que el producido por las ventas de los bienes de su esposa? Los autos responden negativamente y nos demuestran que Oliver ha recibido gruesas cantidades, que superan en mucho los gastos de las obras que ahora quiere suponer D.ª Josefa García Mellado se han hecho con su dinero.

Además de las escrituras de 11 de Julio de 1867, 12 de Marzo de 1868 y 6 de Febrero de 1869, que acreditan haber recibido D. José Oliver de D. Eduardo Gonzalez Chia y de D. Juan Tuset los 124,038 rs. que constituyen los principales por que se ha despachado la ejecucion contra Oliver, (folio 58 al 76, pieza de prueba de la actora), tenemos demostrado que antes recibió de D. Eduardo Gonzalez Chia 244,426 rs., cuya suma fué descontada del precio de

la venta de la casería de la Cerda, efectuada en 15 de Noviembre de 1869; y tambien recibió de D. Juan Santos Herrera 39,146 rs., suma que igualmente se descontó á éste cuando compró los olivares de Calicasas, en 6 de Diciembre de 1870, (folios 90 y 113 de nuestra pieza de prueba).

De modo que mientras esas mejoras se han efectuado, D. José Oliver ha recibido más de veinte mil duros, ó sean 405,610 rs., y esto sin contar los 14,000 rs. que supone liquidados con D. Manuel Cobos en 1.º de Octubre de 1867, como *invertidos en las obras* de la casa núm. 9, plaza de Lanjaron, y el otro crédito de 25,000 rs. á favor de D. Cristóbal Collantes, parte de ellos que se dicen prestados en 1865 por D. Cristóbal de la Rosa, (198 y 199 pieza nuestra); que si estas sumas se agregan, tenemos ya una cantidad de más de veinte y dos mil duros, ó sean 444,610 *reales*.

¿Con qué motivo se asegura que las obras y reparos se tuvieron que hacer con el dinero de la dote? ¿En qué razon se funda la asercion de que esas obras no se han podido efectuar con estas entradas que hemos probado? En ninguna. Lo probable, lo natural, lo lógico es que de estas sumas recibidas en los últimos tiempos, cuando las obras se hacian, es de las que se costeaban; y no de ventas que se suponen efectuadas allá en 1841, 1843 y 1855, que eran muy anteriores á las obras. Preciso era que D.^a Josefa García Mellado nos hubiese demostrado lo contrario, lo que conceptuamos muy difícil, porque no se concibe que el matrimonio Oliver conservase ese dinero dotal, guardado, esperando á su empleo en esas reparaciones, y que mientras tomase á préstamo gruesas cantidades, pagando intereses considerables, que al fin han obligado á las enagenaciones de fincas valiosas, hasta reducir á D. José Oliver á la insolvencia.

Bien se comprende que el dinero de los bienes enagenados por la señora demandante se consumiría en sus necesidades, muy antes de hacer las obras de la casa, y que años despues, cuando se tomaron cantidades á préstamo,

se hicieron esas reformas, acaso con la intencion de reducirse, por economía, á vivir en Lanjaron.

Confirman estas deducciones las últimas escrituras de D. José Oliver, si son ciertas y no contienen créditos simulados. Ellas demuestran que no teniendo Oliver dinero para las obras de la casa, costeó algunas D. Manuel Cobos, á quien se le adeuda todavía, así como á D. Cristóbal de la Rosa, subrogado en su lugar D. Cristóbal Collantes.

En suma: no hay la menor demostracion de que con el dinero procedente de la dote, caso de que dote hubiera, se hayan hecho las mejoras en que cimenta su dominio la señora de Oliver, y por el contrario hay la justificacion posible y suficiente á arrebatar toda duda, de que los créditos contraídos en el tiempo que esas obras se efectuaron, desde 1865 acá, han servido, en una pequeña parte de su cuantía, para las reformas ó mejoras que ahora se quiere apropiarse la parte actora, sin más prueba que su afirmacion; siendo de inferir de la documentacion presentada que el dinero de los bienes de Guadix, Orce, Galera y Huéscar desapareció antes que D. José Oliver obtuviese las fincas que recibió á la muerte de su padre, y por lo tanto de que pudiera mejorarlas.

5.º

Aunque la deducción anterior no fuese tan lógica y no se asentara en premisas tan seguras, y aunque las suposiciones de D.^a Josefa García Mellado valiesen como pruebas completas y acabadas, suficientes á atestiguar y á evidenciar jurídicamente los hechos que asegura, no habría ganado nada para las pretensiones de su demanda de *tercería*, bajo su aspecto de *tercería de dominio*.

Dos giros ha dado á este particular, el más interesante, y en ambos ha fracasado su intento de demostrar un derecho de propiedad en las obras efectuadas.

En el primero se atribuyó este derecho real, bajo la suposicion de que las leyes lo concedian á la mujer en lo mejorado con su dote.

En el segundo, no atreviéndose á insistir en aquella extraviada opinion que combatimos, quiere ya, buscando razones de analogía, que se la considere como una acreedora refaccionaria.

Dijo la señora demandante en su libelo: «Conforme á la ley 11, tít. 4.º, lib. 3.º del Fuero real, los mejoramientos hechos en fincas del marido con el valor de otras dotales que se han vendido, pertenecen *en dominio* á la mujer. »En tal caso se encuentra lo invertido en el cortijo de la Campana, en la casa núm. 9 y en el molino harinero.» De aquí dedujo que era acreedora de dominio por los mejoramientos hechos, además de ser preferente por hipoteca tácita general. -

Esta cita era contraproducente. La Ley expresada solo habla de las permutas de bienes de un cónyuge por otros adquiridos despues del matrimonio; y como ni el cortijo de la Campana, ni el molino, ni la casa han sido adquiridos en permuta por otros bienes de la señora de Oliver, sino que su marido los heredó ú obtuvo á la muerte de su padre, es incuestionable que la disposicion legal no tiene aplicacion al caso de autos.

Es más; aunque se hubieran querido asimilar, por esfuerzos colosales de ingenio, los mejoramientos con las permutas, cabalmente las leyes del mencionado título del Fuero Real, la 3.ª y la 9.ª lo impedian, sentando la doctrina tanto en la plantacion (L. 3.ª), como en la edificacion (L. 9.ª), que ceden al suelo, y por lo tanto que el dueño de la finca conservaba su dominio, respondiéndolo solo de la parte respectiva del precio ó cantidad invertida en los mejoramientos.

Así lo expusimos al contestar la demanda, apagando los fuegos de la parte actora, quien tuvo que variar de medio en la réplica, presentando la teoría novísima de que, siendo acreedora refaccionaria, puesto que su dinero se habia empleado en reformar la casa y el molino, tenia un derecho hipotecario; y que este derecho, como real, daba una participacion en el dominio al hipotecario, repartiéndose el pleno proporcionalmente con el propietario de la finca.

Menester era que se viese muy apurada la parte actora para sentar doctrinas tan infundadas que trastornan todas las nociones más elementales de la ciencia.

Confundir el derecho de hipoteca, mixto de real y personal, con el dominio y la propiedad exclusiva, resúmen conjunto de todas las relaciones directas que el hombre tiene con las cosas para usar y disponer de ellas, sin otras limitaciones que las legales, es un error demasiado grave para que pueda escapar á la notoria ilustracion de la parte actora, y debemos creer que emana del empeño tenaz en que se ha comprometido de sostener la tercería de dominio, por más que no encuentre ningun fundamento en que apoyarla.

El acreedor refaccionario y el hipotecario tienen solo derecho al reembolso de la cantidad que sus créditos importan, y en cuanto obtienen el pago, acaban todas sus facultades. Los bienes solo prestan una garantía del cumplimiento de la obligación á que se afectan; pero el dominio queda entero y completo en manos del propietario, sea ó no éste el deudor.

Insostenible es, por lo tanto, esa nueva teoría sustentada en la réplica, que no han podido fundamentarla ni en textos legales ni en resoluciones de la jurisprudencia.

Por el contrario es frecuente en la práctica las reclamaciones de terceros por razon de créditos preferentes, créditos de carácter hipotecario, y jamás se ha llegado al desvarío de querer presentar la demanda como tercería de dominio. Ni podia ser esto, porque la ley hipotecaria misma claramente establece en su artículo 131 que la ejecucion ha de continuar hasta venderse los bienes, aunque haya otras hipotecas anteriores, limitándose entonces á reservar la cantidad de estos créditos preferentes, antes de hacer pago de hipotecas posteriores que motiven la ejecucion

Despréndese de estas doctrinas que aun concediendo á D.^a Josefa García Mellado que hubiera constituido dote; que ésta fuese inestimada; que legalmente pudiera haber vendido los bienes de esa dote, ya con autorizacion judi-

cial ó sin ella; que en efecto se vendieran; que el producto de las ventas se aplicase á la reforma ó mejoras de las fincas de su marido, cosas todas que ya hemos refutado victoriosamente con las pruebas practicadas, todavía en esa situacion, meramente inventada por su deseo, no resultaria más que con un derecho al reembolso de las sumas invertidas en los mejoramientos, es decir, con un crédito, y si quiere más, con un crédito hipotecario, (imposible hoy sin la prévia inscripcion ó anotacion), pero jamás *la propiedad*, el derecho de dominio, pleno ó menos pleno, y por lo tanto sin fundamento alguno para deducir una tercería dominical, que es cuanto en este momento queremos evidenciar.

Luego esa demanda es absurda y notoriamente temeraria.

Hemos concluido la polémica con un resultado satisfactorio en orden á los cinco puntos que propusimos. Esta victoria es bastante á justificar nuestras pretensiones absolutorias, y no necesitamos mayores esfuerzos.

Sin embargo, conviene para fijar el carácter especial de la tercería deducida, que hagamos algunas reflexiones confirmatorias de lo expuesto hasta aquí, y encaminadas además á poner de manifiesto ante el Juzgado la falta de convicciones de la demandante, mejor dicho, la seguridad de que sus opiniones son contrarias á lo que ha sostenido, habiéndolo hecho tan solo para burlar y damnificar á D. Juan Tuset; porque si logramos que el Juzgado se persuada como nosotros de estas verdades, habrá de estampar en su fallo definitivo todas las demostraciones severas que la justicia exige contra los demandantes temerarios.

Es la primera que D.^a Josefa García Mellado, al deducir una demanda de tercería dominical, en realidad entabla una reivindicacion, ejercitando por lo tanto la accion real reivindicatoria.

Y ¿qué ha dicho el Tribunal Supremo acerca de los re-

quisitos necesarios para deducir esas demandas? Ha dicho que la accion reivindicatoria nace del dominio y debe acreditarse indispensablemente *que por dicho titulo* pertenece la cosa al que demanda (S. de 27 de Marzo de 1866). Y ciertamente que D.^a Josefa García Mellado no ha podido presentar ese titulo acreditativo, no bastando meras suposiciones de derechos existimados, es decir, que ella califica en su favor, pero que ni se han declarado por los tribunales, ni consignado documentalmente con todas las solemnidades externas de la trasmision de bienes inmuebles.

No basta tener el dominio, dicen otras sentencias del Tribunal Supremo, sino es preciso que se acredite legalmente. (S. 14 de Marzo, 9 y 23 de Mayo de 1862 y 3 de Enero de 1865).

Si antes de ostentar el dominio y para obtener el titulo legal de su prueba hay que destruir en todo ó parte el del poseedor, es de necesidad que preceda el ejercicio de la accion adecuada para este fin. (S. 9 de Diciembre de 1864.)

Nada de esto ha hecho D.^a Josefa García Mellado. Sin titulo alguno justificante de su soñada propiedad, se ha lanzado á la reivindicacion, queriendo basarla, no en documentos de trasmision ó adquisicion, sino en una cadena de suposiciones, á cada cual más violenta, pero que siendo ciertas, solo hubieran guiado á entablar la peticion adecuada á conseguir un titulo dominical que modifique ó destruya total ó parcialmente el de su esposo, y luego de obtenido, á fundamentar su accion. Antes es de todo punto imaginaria la propiedad que se atribuye.

Es la segunda, que esos soñados derechos de dominio están contradichos por la señora demandante y por su marido D. José Oliver.

Ya lo hemos insinuado en otros escritos y debemos consignarlo aquí, cuando tenemos en nuestro apoyo las pruebas practicadas.

D. José Oliver ha inscrito en 1865, por falta de titulo escrito, informacion posesoria de la que ostenta en concepto de exclusivo dueño en el cortijo de la Campana, en

la casa de la plaza y en el molino harinero del barrio de la Ermita. (Folios 194, 196 y 198 de nuestra pieza de prueba.)

En ninguna de esas inscripciones se dice que D.^a Josefa García Mellado tenga dominio ni en todo ni en parte de las fincas, aunque son muy minuciosas y se mencionan con detalles hasta las servidumbres, demostrándose así que es nueva, muy nueva, la idea de ese condominio en que ahora se apoya la demanda, idea desmentida por esas inscripciones.

Otra prueba no menos irrecusable de que ambos esposos estaban muy distantes de que pertenecieran las fincas á D.^a Josefa García es la escritura de hipoteca legal otorgada en favor de esta señora por su marido, sobre el cortijo de la Campana, en 24 de Diciembre de 1869. En ese documento se figura un crédito dotal de 145,737 reales, 6 y 1½ maravedís, que es el *total* de los bienes heredados de los padres de la señora de Oliver. Si ésta ya tenia 44,191 rs. de mejoras hechas en el cortijo de la Campana, y 64,584 en la casa y molino, ó por lo menos, 20,000 que dice en la demanda, (aunque en contradiccion con las pruebas de Oliver), mas las cómpredas de las hazas de la Sacristía, casa y cuadra unidas á la casa de la plaza, y secano agregado al cortijo de la Campana, y estas sumas eran motivo de su participacion dominical, ¿cómo es que no se rebajaron de la cantidad asegurada con la hipoteca legal?

Ya lo dijimos en otra ocasion. Esta sola circunstancia es una confesion de la falta de dominio, porque á tenerlo la señora, no se hubiera podido poner entera la aportacion de los bienes que trajo al matrimonio, como crédito dotal.

En vano es que diga la demandante que no ha pedido *todo* el cortijo de la Campana, ni *todo* el molino harinero, ni *toda* la casa de la plaza sino la parte respectiva al capital suyo aplicado á sus reformas. Esta distincion no la salva de nuestros argumentos. Nosotros no nos referimos solo á la peticion de la demanda, y nos remontamos tambien á la escritura de hipoteca legal, que es donde está la contradiccion con la demanda. Mientras en esta se pide

el *todo* ó la *parte* de los bienes embargados por virtud de esa imaginada subrogacion de la dote inestimada, en aquella se figura íntegro el crédito dotal, y ambas cosas no pueden coexistir.

Se concibe esta doble aspiracion descomponiendo la dote y dividiendo su importe en dos fracciones. Una mayor ó menor, invertida en bienes subrogados; pero entonces el resto, entiéndalo bien D.^a Josefa García, *solo el resto* pudiera haberse asegurado con la hipoteca legal. Siguiendo esta idea hubieran puesto en la escritura de 24 de Diciembre como crédito dotal solo ese resto, que seria de 34,002 rs., 6 y 1½ mrs., ó de 77,586 rs., 6 y 1½ mrs., segun que se hubieran aplicado la totalidad de las cómpredas y mejoras ya mencionadas, ó solo parte de ellas. Es así que la cantidad figurada no es ese *resto*, sino la completa de 145,737 rs., 6 y 1½ mrs., que Oliver confesó haber recibido en 15 de Febrero de 1841, totalidad de lo aportado por su esposa. Luego confesaron virtualmente, con una claridad deslumbradora, que no habia subrogacion alguna ni derechos dominicales creados por ella, que desmembren ó reduzcan la cantidad de que es responsable el marido por obrar en su poder. Luego los actos de los dos cónyuges en ese citado contrato, muy posterior á las cómpredas y á los mejoramientos, nos dicen que ellos mismos no pensaban ni creian en estos derechos dominicales de D.^a Josefa García Mellado, como venimos demostrando.

Es otra observacion corroborante de la anterior la conducta observada por D. José Oliver en las contrataciones hechas con mi representado. En las escrituras presentadas en los autos ejecutivos y testimoniados aquí sentados, se consigna que D. José Oliver, aunque con grandes habilidades y precauciones, enunció, con intento de tranquilizar á su acreedor, que cuanto podia reclamar su esposa D.^a Josefa García Mellado no era más sino la cantidad de 145,737 rs., 6 y 1½ mrs., aportaciones hechas y arras ofrecidas.

Nada dijo de que en el cortijo de la Campana tuviera

participacion, ni tampoco en otros bienes. De modo que, consecuente con la idea hasta entonces enunciada, consideró á su mujer con derecho al reembolso de una cantidad metálica, no con propiedad alicuota en determinados bienes; cosas muy diferentes, y cuya distincion no podia escapar á la penetrante inteligencia y á la pericia reconocida de D. José Oliver.

Es más, sabiendo y no expresando que su mujer fuese dueña, siquiera en parte, del inmueble que hipotecaba como suyo, D. José Oliver contrajo una responsabilidad grave, hasta punible, que no es de suponer quisiera echar sobre sí; responsabilidad que no se elude por decir que no hipotecó el *todo* de la finca, puesto que *toda* la hipotecó, describiéndola por completo y afectándola como que la poseía, sin excluir nada.

Es, pues, indudable, que Oliver, al callar la participacion de su esposa, aseguró con su propia conducta lo contrario de lo que ahora sostiene con grave riesgo de su personalidad, para coadyuvar á la demanda de D.^a Josefa García Mellado; demanda que nació muerta por los hechos de sus mismos autores, como el hijo á quien ahoga al nacer su propia madre.

Es la última observacion que nos permitiremos en este sentido, por no molestar más la atencion de V. S., ya cansada bastante en esta larga controversia, la que nos sugiere la misma forma de esa demanda de tercería.

Hay de particular en ella que en vez de asegurar desde el primer momento las cantidades que en participacion alicuota tenia D.^a Josefa García en las fincas que reclama como de su propiedad, no se ha atrevido á decirlo. ¡Fenómeno excepcional y raro que no volverá á presentarse en los fastos judiciales!

No se repetirá un demandante que no sabe lo que pide y que no puede detallar la cosa que reivindica, contravieniendo á las sentencias de 18 de Mayo y 7 de Diciembre de 1866, en que se declara que para reivindicar es preciso fijar la identidad de la cosa que se pide, y que es tan for-

zoso determinar la cosa que se reclama como acreditar su dominio.

Pero D.^a Josefa García Mellado no se creyó con fuerzas para llenar estos requisitos, y los abandonó á la eventualidad de las pruebas, confiada en las ventajas que éstas la habian de proporcionar con sus influjos y ascendientes en Lanjaron.

Tan solo dijo en su demanda que del dinero de la dote se habian gastado 5,000 rs. en el molino harinero y 15,000 en la casa de la plaza; pero no se atrevió á designar lo invertido en el cortijo de la Campana, porque en verdad no lo sabia ella, demostrándose con esta ignorancia que no se habian costado las mejoras de la dote vendida, sino que fueron lentas y pequeñas cantidades invertidas en el trascurso de muchos años, y de insignificante costo.

D. José Oliver ha querido suplir este vacío con las pruebas periciales y testificales que nos comenta en su alegato, suponiéndose con una victoria que de nada le sirve y que en realidad, aunque no fuese imaginaria, no le envidiamos.

Sentimos mucho tener que ocupar la atencion judicial con estos particulares, si no extraños, infecundos en el presente debate. Por eso les hemos dado poca ó ninguna importancia, y casi hemos abandonado esas pruebas, dejando campo á nuestros adversarios, que lo han ocupado á su placer, aunque á costa de la verdad, segun demuestra la más ligera mirada, si se echa sobre esas páginas inspiándose en los principios de una crítica racional y sana. Para nosotros, ni que los mejoramientos y reparaciones suban á mayor cantidad, ni que monten poco, la causa de D.^a Josefa García Mellado no cambia de carácter, mientras no consiga demostrar que esas mejoras le dan un carácter de dueña que no tiene ni puede tener jamás.

Á persuadir al Juzgado de esta verdad se han dirigido nuestros esfuerzos, y hemos apartado nuestra consideracion de todo este cúmulo de detalles sobre cuantía de todo punto indiferentes.

Sin embargo, conviene hacer notar los absurdos que

esas pruebas encierran y su falta de mérito, y lo que es más notable, la contradicción que acusan á la marcha del matrimonio Oliver, que le aleja de la protección de las leyes.

Vamos á justificar, aunque brevemente, estas indicaciones.

Las pruebas testificales que tanto pondera D. José Oliver, nada significan más que la contemplación que por las relaciones íntimas de los vecinos en pueblos cortos han tenido á Oliver y á su señora en pleito con un forastero. Todos sabemos lo que eso significa, y en contemplación á esta circunstancia sube de mérito la que hemos suministrado en oposición verdadera á la de nuestros colitigantes, resultando que Oliver ha hecho algunas plantaciones en el cortijo de la Campana, de costo insignificante y que no supera á lo que ha obtenido con la leña y carboneo de los árboles que ha cortado de los que arraigaban en ese suelo.

Las personas que han declarado á nuestra instancia son bien imparciales, y algunas muy afectas á Oliver, como lo es Bautista Estéban, que fué primer depositario de los embargos, de cuyo cargo hubo necesidad de removerlo, porque cediendo á las sugerencias de Oliver causaba grandes perjuicios en el caudal secuestrado, permitiendo que el deudor lo utilizase.

Como el valor de la prueba testifical no depende de su número, sino de los motivos de independencia é imparcialidad, y es evidente que no tienen ningunas afecciones con D. Juan Tuset y sí muy antiguas y estrechas con Oliver, se desprende que valen más las indicaciones de los que han declarado en favor de nuestra articulacion, que las de aquellos que han afirmado las del deudor.

Este es una persona muy notable en Lanjaron, de grandes respetos, de esos que en España quedan aún como un vestigio de las pasadas épocas feudales, y que llamamos caciquismo; y además cuenta con numerosos amigos y con una larga familia allegada y sumisa. Compréndese muy bien que con tales circunstancias y declarando ante el

Juzgado municipal en que su hermano es secretario, aunque no haya actuado ahora en las diligencias, como lo hizo otras veces, que no catorce testigos, sino mil cuatrocientos ha podido hacer que declaren á su favor.

En cambio, para D. Juan Tuset hay dificultades insuperables, porque sobre conocer muy pocas personas de la indicada villa é ignorar todas las que hayan conocido los hechos de la prueba, hay que contar con que nadie quiere exponerse á sufrir la animadversion de los Oliver, y las funestas consecuencias que sus rencores les pueden atraer, mucho más para justificar el derecho de un forastero, de escasas ó ningunas simpatías.

Si pues, en regla general, vale poco en materias civiles la prueba de testigos, y se hace sospechosa de parcialidad, aquí sube de punto esa prevencion hasta esterilizar la prueba.

Confiamos, por tanto, en que el criterio del Juzgado así lo reconocerá y dará la preferencia que se merece á nuestros testigos, que contrapesan si no sobrepujan á los contrarios.

Examinando la pericial, el Juzgado hallará cosas monstruosas.

Ante todo, esa prueba se ha practicado fuera de término y no vale ante los tribunales, sin que las excusas y eflujos alegados en defensa del proceder arbitrario del Juez municipal tengan virtud para salvarlas de la nulidad manifiesta que las destruye é invalida.

Aunque así no fuese, aunque esos peritos en término y con todas las formalidades legales hubiesen expuesto su opinion, tampoco harian fé, porque son singulares, puesto que es dogma que los peritos son testigos en su ciencia ó arte, y que *unus testis, testis nulus*.

No se arguya que mi parte no hizo oportunos nombramientos. Eso es verdad; pero ¿sabe el Juzgado por qué? Porque ninguno de los que en Lanjaron podian conocer de este asunto se ha querido prestar á intervenir en nombre de mi parte, circunstancia que redobla en proporciones colosales la prevencion con que debe oír á los de Oliver,

que por paisanaje, trato y amistad han de ser complacientes á sus deseos, tanto más que alguno de ellos, D. Manuel Cobos, es el figurado acreedor de 14,000 rs. en la casa, por virtud de una hipoteca constituida despues de embargada la casa á Oliver, y antes que de la diligencia se tomase anotacion preventiva; evolucion habilidosa de el deudor, pero que tambien revela el linaje de medios á que recurre y lo poco escrupulosos que son, tanto él, otorgando la escritura, como el figurado acreedor, que no tiene fortuna conocida, y aparece despues con desembolsos de esa cuantía, anticipados sin ventaja suya, y contra lo que es posible, en reglas de probabilidad que siempre son muy atendibles, aunque alguna vez puedan dar márgen al error.

Si antes de examinar las declaraciones periciales tenemos justa prevencion y recelo, luego que sus palabras, cálculos y opiniones se conocen, tenemos que sentirnos indignados.

De seguro que V. S. repelerá de su ánimo cuantas afirmaciones estampa ese famoso é interesado perito D. Manuel Cobos, que tasó los edificios, como lo expuesto por D. Juan Jaraba Perez, que tasó lo rústico.

Comencemos por este. Al folio 105 de la pieza de prueba de D. José Oliver resulta su declaracion, evaluando en 44,121 *reales*, 50 *céntimos* los mejoramientos del cortijo de la Campana.

Y ¿sabe el Juzgado cómo ha formado esa cantidad estúpida? Pues ha sido muy sencillo. Jaraba dice: este terreno de secano y sin árboles valdria 200; hoy tiene árboles y vale 2,000; luego la mejora es de 1,800. Este es su racionio, que repite diez y ocho veces, ó sea en los diez y ocho pedazos de tierra que ha examinado y tasado.

¿Es esta, por ventura, la manera de tasar los mejoramientos? De ninguna manera; porque así ha comprendido en la mejora, no solo el costo de la obra, sino la ganancia que el tiempo le haya dado.

Un árbol, un olivo, un naranjo que cueste el plantarlo dos reales ó acaso medio, al cabo de veinte años vale cua-

renta ó cincuenta reales, y ciertamente no ha sido este su costo, ni aun con la capitalizacion de los intereses que el principal invertido pudiera redituár.

Lo que D.^a Josefa García, dentro de su hipótesis, pudiera exigir; no como acreedora de dominio, ya que ella emplea esa frase, sino como acreedora, ó simple ó hipotecaria, (que ahora no lo hemos de disputar), es el importe de lo gastado, puesto que tanto la 7.^a como la 9.^a del tit. 4.^o del Libro 3.^o del Fuero Real solo conceden al cónyuge con cuyo dinero se compran las fincas de otro, la mitad del importe de los gastos hechos; y dice la mitad, porque la situacion que dichas leyes consideran es la de mejorarse los fundos de un cónyuge con el dinero de la sociedad, ó sea con los gananciales, no con el producto de la dote, pues como ya hemos dicho, la dote era inalienable, segun lo dispuesto en todos nuestros Códigos anteriores á la Ley hipotecaria.

Pero hay más: el perito Jaraba tasa las tierras por su valor, y suponiendo que tasa bien, cosa que ignoramos, porque no nos da la razon de su dicho ó sean los fundamentos de sus cálculos, ni la clase de tierra, ni el tanto por marjal ó área, ni la calidad y aprecio de los árboles y sus motivos; suponiendo todo esto bien hecho, lo que es conceder á sabiendas el error convertido en verdad, tenemos que, no solo engloba el costo de la mejora, sino el producto de ella.

Sin embargo, Oliver no se ha satisfecho y ha conseguido que despues el perito de lo urbano, el maestro carpintero improvisado en perito de arquitectura, tase además el costo.

El Juzgado verá en la declaracion de este perito complaciente, folio 110, que á ojo de buen cabero, como vulgarmente se dice, ha puesto 6,500 rs. por la acequia de la Mina; y no dijo más, porque no quiso, que á querer bien la hubiera convertido en duros los reales, con la misma razon.

Y verá V. S. que la acequia nueva se tasa en 500 rs., y en 200 la alberca del Naranjal, y en 600 la de las Treveci-

llas, y en 400 la Grande, y en 600 la del Cura, y en 30 la alberquilla del Castaño.

De modo que el perito Jaraba aprecia el aumento de valor de las tierras que eran de secano, porque para ser de riego se han hecho obras, y las aprecia en más de lo que esas obras deben valer; y el perito Cobos estima estas obras como separadas del terreno é independientes del beneficio.

Así resultan, no las cuentas del Gran Capitan, sino las cuentas del posadero: dos de luz y de luz dos, cuatro, ó cuatrocientos, porque aquí no es duplicar, sino centuplicar.

Bajo estas bases y con tales tendencias vienen los demás avalúos, y se suponen gastados en la casa 34,000 rs. ¿Por qué? No lo dice el perito, y nos atreveríamos á decir que lo ignora. Mejor lo sabemos nosotros que conocemos tenia necesidad de subir á esa suma la tasacion de las obras efectuadas, si habian de resultar los 14,000 rs. de la hipoteca de Cobos, á última hora constituida, y algo más de los 15,000 rs. que se supone en la demanda de la señora Oliver gastados de ese dinero suyo, que no sabemos cuándo vino y dónde se conservó hasta que se le dió esa aplicacion.

Por el mismo motivo las obras y reparaciones del molino harinero se ponen en 4,026, para *acercarse* á los cinco mil que asegura la demanda se habian empleado, en lo cual han estado muy comedidos.

El pormenor y los fundamentos de estos precios se suprimen. En verdad no habia necesidad de ellos, que en caso preciso fácil era arreglar la cuenta, y más tomando, como se han tomado por mejoras, todos los reparos que en más de treinta años se hicieron; reparos precisos en las fincas urbanas, por lo que se baja en el cálculo de sus productos una cuarta parte de las utilidades, si se han de buscar las líquidas; y reparos que en algunas fincas son mucho más frecuentes y más importantes, cual sucede en los *molinos*, que, como dice el adagio, *muelen al amo*.

Seríamos interminables si hubiéramos de continuar el

exámen analítico de esos aprecio, para formar un juicio algun tanto apróximado de las aberraciones que encierran, y que son la cúpula del edificio levantado al impulso de D. José Oliver. Renunciamos á esa larga y poco agradable tarea, con mucho más motivo no necesitándola á nuestro propósito.

Lo único que vamos á hacer para concluir este punto se reduce á suplicar al Juzgado que eche una mirada retrospectiva á la marcha seguida por D. José Oliver y su esposa en el manejo y aplicacion de los caudales de esta señora.

Ella recibe en herencia de sus padres cerca de siete mil duros, en que hay más de cinco mil en huertas y tierras productivas de Guadix, Orce, Galera y Huéscar. Acude á los tribunales pidiendo autorizacion para vender estos bienes, que le producen poco por los gastos de administracion, y por aumentar los rendimientos de su capital empleándolo en fincas en Granada ó Lanjaron, ó en mejorar las que tenia su marido. Se iba á hacer mucho más rica por aventajar sus productos. El Juzgado accede, y hechas las ventas, no sabemos cuándo ó cómo, pero se supone, en los precios de la adjudicacion, *y no en menos*, reúne su dinero y se lo guarda para mejorar, en el largo espacio de más de treinta años, hoy un haza de secano, convirtiéndola en regadío, mañana una cuadra del molino, este año un pedazo de casa, el otro los cubos del molino harinero, y así consume su capital, que se va como sal en el agua. ¿Qué aumentos tienen las rentas de sus bienes así mejorados? Cualquiera dirá que deben tener un aumento extraordinario las fincas de Oliver, aumentos que además de corresponder al valor de la propiedad heredada, indemnizan á la mujer de la privacion de sus legítimas paternas y colocan al matrimonio en un manifiesto bienestar.

Y sin embargo, los hechos enseñan lo contrario. El cor-tijo de la Campana, con ciento treinta fanegas de tierra, en su mayor parte de riego, con olivares en la mejor edad, con naranjales y otros frutales, con casa y molino de aceite, y con las mejoras tan cacareadas que se quieren

subir á más de tres mil duros, no ha llegado en la administración del secuestro ó embargo á cubrir sus costos de cultivo. Hecho el aprecio para arrendarlo, solo llega á mil cuatrocientas pesetas, incluso el alquiler del molino de aceite; tasación hecha por peritos de mútuo nombramiento, sin discordias ni dudas de ninguna especie.

La casa de la plaza, con su huerto, en un pueblo como Lanjaron, situado en el camino de las Alpujarras, punto de jornada para los más de los viajeros y trajineros que transitan por ese camino, y que además tiene aguas medicinales, de virtudes prodigiosas, que atraen multitud de enfermos de todas partes de España, y con especialidad de Andalucía, y por lo tanto que valen mucho los arrendamientos, no se aprecia para su arriendo más que en 392'50 pesetas, y eso que está muy bien situada la casa, en lo mejor del pueblo, en la plaza principal, y que ha sido ampliada y reformada, gastándose nada menos que 34.000 rs., segun el perito Cobos.

Por último, el molino harinero, despues de sus reparaciones, se calcula su arrendamiento en 175 pesetas al año.

¿Es esto creible? ¿Se concibe que así se malgaste el dinero? ¿Estaban tan ciegos D. José Oliver y su esposa que trajeran á esta realidad sus aventajados cálculos, y que viniesen á estrellar el cántaro de la lechera?

No; ni D. José Oliver, hombre de grande saber, habia de ser tan torpe en el empleo de sus capitales, ni D.^a Josefa García podia consentir que así se disipase la herencia de sus padres.

La verdad es otra. La verdad es que esas mejoras son fantásticas creaciones de la imaginacion acalorada de la parte actora, y que todas esas cantidades fabulosas en mejoras y en reparos están solo escritas en el pleito y no son más que evoluciones habilidosas de una demanda que fué preciso desnaturalizar en su esencia para llamarla de *tercería de dominio*, y conseguir la paralización de los autos ejecutivos que á toda costa se quisieron detener, aunque fuese provocando cuestiones indebidas; fingiendo actos que no han pasado, para establecer precedentes imposi-

bles y sobreponerse á las leyes y hasta al sentido comun.

Vea aquí el Juzgado en síntesis á lo que se reduce la tercería de dominio: á un empeño tenaz, malicioso y temerario.

Vea el Juzgado por qué supone una dote inestimada, sin que se haya constituido.

Vea el Juzgado la explicacion de que se diga de ventas de bienes, que no se prueban.

Vea el Juzgado cómo se llega al desvarío de sostener que los bienes y las mejoras se han hecho con el dinero procedente de la dote, cuando nada lo justifica y es hasta imposible.

Vea el Juzgado cómo se acude al triste recurso de llamar derecho dominical á lo que solo podia ser un crédito, un derecho á cantidad, no á la propiedad.

Vea el Juzgado el motivo de citar indebidamente la Ley 49, tít. 5.º, p.ª 5.ª, y truncar el sentido y claro tenor de las leyes 3.ª, 9.ª y 11 del tít. 4.º, lib. 3.º del Fuero Real.

Vea el Juzgado cómo se refugian en la desdichada idea de llamar á los supuestos créditos *créditos refaccionarios*.

Vea el Juzgado cómo se desconoce la naturaleza de la hipoteca, aunque se trate de esos créditos antes privilegiados, y se pasa per encima de que hoy necesitan una inscripcion ó anotacion, que no hay en el Registro de la propiedad.

Vea el Juzgado explicadas las muchas manifestaciones anteriores de ambos cónyuges, que contradicen ese dominio que jamás ha soñado la actora hasta que dedujo la demanda.

Y vea, en fin, el Juzgado, la causa eficiente de ampliar, desfigurar y fingir esas soñadas mejoras sobre fincas poco menos que improductivas, que ó están en ruina como el cortijo de la Campana, segun ofició á V. S. el Administrador judicial que lo cuida, ó están inhabitables como la casa de la plaza de Lanjaron.

Despues de tanta fatiga, despues de tanto invento y de trabajar sin descanso ¿qué ha conseguido D.ª Josefa Gar-

cía Mellado? Presentar al Tribunal lo que queria ocultar. Demostrar su audacia y su temeridad. Hacerse digna del más severo correctivo.

Ha conseguido más; ha conseguido que estos abusos de su demanda damnifiquen hasta sus propios derechos, si es que los tiene, en otra forma. De no haberse presentado la demanda de tercería dominical, los bienes se hubieran vendido ya, y es lo más probable que hubieran producido en venta para pagar los créditos de D. Juan Tuset y los de D.^a Josefa García; y en ese caso, la contienda de preferencia era excusable, y se hubiera excusado en efecto, porque si es muy útil cuando no hay dinero para todos, es de puro lujo cuando á todos se puede pagar.

La conducta opuesta, la de sostener una *tercería de dominio* conjunta con la de *preferencia*, ha hecho imposible de todo punto excusar el debate, y ha sido necesario sostener estos pleitos dispendiosos, en que se han de consumir grandes cantidades de costas.

¿Quién es responsable de estos perjuicios? Quien ha llevado su temeridad hasta causarlos. Quien por impedir el uso de los derechos legítimos al acreedor, no ha reparado en los medios. Quien ha complicado su demanda, abultándola, desfigurándola, incurriendo en la *plus petition*.

Ya sabe el Juzgado las penas de que son merecedores los que caen en este defecto gravísimo, y como V. S. es recto aplicador de las leyes, sin contemplacion de ningun linaje, esperamos confiados en que, al decidir este asunto, no dejará de cumplir como siempre con los augustos deberes que la justicia impone; y por lo tanto, que absolverá á mi parte de la demanda, en la manera que viene formulada, y condenará en costas á la que sin fundamentos la ha lanzado contra sí misma.



Tercera de preferencia.

Tiempo es ya de que entremos en el deseado exámen del segundo extremo del debate, no menos infundado, no menos desestimable que el primero, ya visto y pulverizado.

Aunque contradictorios los términos de su doble solicitud, D.^a Josefa García Mellado no se ha contenido ante esta dificultad, y ha acometido la colosal empresa de pedir á la vez, por un solo fundamento, dos cosas que se excluyen, la propiedad de los bienes embargados y la prioridad en el cobro del producto de su venta; como si fuera posible á la vez que un título diese dos créditos de opuesta naturaleza, siendo así que en las leyes morales como en las físicas una misma causa produce idénticos efectos.

Quien ha estado ciega para no ver contrariedad de tanta monta, no ha tenido medios de conocer el abismo que abría á sus piés cuando escavando el terreno preparaba á mi parte una fosa en que sepultar sus derechos, llenos de vida y de lozanía.

Por eso las últimas evoluciones de D.^a Josefa García Mellado han venido á dar por tierra con lo que á toda costa queria salvar, y hoy podemos asegurar que es imposible se defienda la causa que antes podia ofrecer algunas serias y verdaderas dificultades.

Las precedentes indicaciones contienen virtualmente los puntos que vamos á tratar en este segundo debate; y digo segundo, por ser más una controversia diferente y distinta de la anterior, que no otro aspecto de lo discutido.

Para proceder con algun orden y molestar menos la ya cansada atencion judicial, parece á la parte de D. Juan Tuset que es lo más acertado plantear uno tras otro los dos problemas siguientes:

¿Tiene D.^a Josefa García Mellado hipoteca legal en garantía de sus aportaciones?

En caso afirmativo ¿será hoy preferente para su cobro en los bienes embargados, á los tres créditos reclamados por mi parte?

1.^a

Ante todo es conveniente analizar las aportaciones de la señora Oliver, en orden al punto concreto que nos ocupa en este momento, y no dejaremos de hacerlo hasta adquirir la certidumbre de que hemos hallado la clave para resolver la dificultad propuesta.

Es evidente que las mujeres casadas tenían antes, como tienen hoy, derecho á la garantía hipotecaria cuando aportan una de estas tres clases de bienes: dote estimada, en que el marido recibe los bienes con estimacion que causa venta, pudiendo disponer como absoluto dueño de los bienes que así adquiere, con obligacion tan solo de devolver su importe á la disolucion de la sociedad conyugal; arras constituidas como aumento de dote, en que así se estipule su garantía; bienes parafernales entregados solemnemente al marido para que tenga su administracion.

La ley hipotecaria no ha hecho novedad en esta parte de nuestra antigua legislacion, dejando íntegra la cuestion acerca de la conveniencia de la actual forma económica de la familia española.

Por tanto, si D.^a Josefa García Mellado ha probado que sus aportaciones pertenecen á una de las tres clases arriba expresadas, es de conceder que le asistia hipoteca en seguridad de su reintegro. Mas si no lo ha justificado, carece de todo derecho para solicitar lo que pide.

¿Ha probado, en efecto, la señora de Oliver que tienen alguno de los tres caracteres mencionados los bienes que aportó?

Resueltamente contestamos con la negativa; y aunque esta negacion parezca atrevida á la señora Oliver, se la

vamos á demostrar con argumentos que son irrefutables en buenos términos de discusion.

A.

Que no tiene *dote estimada*, fácilmente se prueba con la lectura del único dato que ha presentado en apoyo de su solicitud, la escritura de 15 de Febrero de 1841, ante el escribano de Guadix D. Ángel Sanchez Freila, tantas veces citada en el discurso de este pleito.

Verdad es que allí D. José Oliver confesó el recibo de bienes por cantidad de 135,757 rs., 6 y 1/2 mrs.; pero como esto no basta, y es preciso que además se aprecien los bienes con *estimacion que cause venta*, transmitiendo al marido la propiedad de los bienes, y nada de esto se hizo allí, tenemos seguridad al afirmar que en la mencionada escritura no resulta la constitucion dotal.

Aunque hoy no lo negará la señora de Oliver, que viene sosteniendo la especie de que su dote es *inestimada*, bueno es recordar que las reservas contenidas en la escritura citada y los actos de ambos esposos nos confirman en esta certidumbre.

En cuanto á la reserva la encontrará V. S. en las palabras con que termina la cláusula de dicha escritura.

Dice en ella D. José Oliver, que sin perjuicio del recibo de los bienes, D.^a Josefa García Mellado le otorgará la competente escritura del capital que aporta al matrimonio, luego que pasen á Granada, por no tener en Guadix documentos que hacen falta para ella.

Esta segunda escritura no ha llegado á otorgarse, explicándose así la falta de expresion de la primera y que haya quedado en mero proyecto la constitucion de la dote. Por lo tanto no puede calificarse de *estimada* la de que tratamos, pues la venta no se presume jamás, como no se presume ninguna enajenacion, y menos la de bienes inmuebles, que ha de constar documentalmente,

Tanto es así, que D. José Oliver no llegó á inscribir á su favor el dominio, ni se tomó razon, como entonces se

decia, de la traslacion de dominio de los bienes aportados por su esposa. Prueba clara de que no los hizo suyos, como lo hubieran sido en el caso contrario, porque es el primer efecto de la dote estimada.

En cuanto á los actos de ambos cónyuges, tenemos pruebas evidéntísimas que arrancan toda duda en que pudiéramos caer.

Ambos esposos acuden al Juzgado de primera instancia de esta capital para obtener autorizacion de la venta de los bienes de D.^a Josefa García Mellado, como ya queda referido al núm. de la reseña con que principia este ALEGATO.

Apartémonos ahora de la utilidad y ventajas alegadas, y de las limitaciones puestas. El hecho fundamental de ese expediente de jurisdiccion voluntaria consiste en la confesion de que los bienes eran de la mujer y no eran del marido. De ser de éste, de pertenecer á D. José Oliver, mayor de edad, no sujeto á curatela, es indiscutible que no se hubiera necesitado esa autorizacion judicial con que se quiso suplir la incapacidad de la mujer, por su minoría. Luego ambos esposos, al comenzar aquel procedimiento, por más que sea anómalo é irregular, é insuficiente al fin que se propusieron, confesaron el hecho que aquí queremos demostrar, ó sea que los bienes, aunque entregados á D. José Oliver, no lo fueron en concepto de *dote estimada*, que pudiera dar á la mujer derecho á la hipoteca legal entonces conocida.

Hay otro hecho no menos elocuente que corrobora lo que vamos exponiendo, y es la venta efectuada en 1855, cuando ya era más que pasada la minoridad de D.^a Josefa García Mellado y su cuadrienio legal. Esa venta se efectuó en 16 de Abril de 1855, ante el notario de Huéscar D. Pedro Martínez, comprendiendo los bienes de la señora de Oliver en Orce y Galera, siendo comprador D. Salvador Sanchez.

Al folio 115 de la pieza de prueba de la demandante la hallará V. S., y verá que quien vende es D. Cayetano Oliver, hermano del D. José, apoderado de ambos esposos;

y verá V. S., y esto es lo importante, que la venta se hizo en el *exclusivo nombre* de D.^a Josefa García Mellado.

Despréndese de aquí que el dominio en los bienes entregados al marido lo retuvo la señora de Oliver, lo que no sucede en los de la dote *estimada*. En ella pasan al marido, quien adquiere la propiedad ilimitada, el dominio pleno; y en caso de venta, él solo es quien puede hacerla; no la mujer, que ya no es dueña de ellos, aunque de ella procedan, desde que constituyó la dote.

De modo que las palabras de la escritura de 15 de Febrero de 1841, y los hechos subsiguientes del matrimonio Oliver, hechos que hoy están probados por ellos mismos, y contra los cuales nada hay en autos, convienen y confirman esta verdad. La señora de Oliver no tiene dote *estimada*.

B.

Tampoco tiene arras para el efecto de la hipoteca legal. Esta conclusion que sentamos á la cabeza de nuestras observaciones, recibe una demostracion inmediata y eficaz con la sola circunstancia de que las arras prometidas, despues del matrimonio no tienen valor alguno, segun la opinion más constante que defienden los más autorizados escritores. Y hay una razon de justicia y de moralidad que salta á la vista. Durante el matrimonio está en suspenso la facultad de contratar de la mujer casada, y con especialidad con su propio marido, que reasume su personalidad jurídica. De otra suerte se daría el caso imposible de que se haga un contrato con uno mismo, cuando para la convencion se necesitan, por lo menos, dos contratantes hábiles en derecho, y de consiguiente, no hay convencion por falta de contrayentes en los conciertos de marido y mujer.

Sentada esta base y considerando que despues del matrimonio de D.^a Josefa García Mellado con D. José Oliver, fecha 14 de Febrero de 1841, fué cuando se otorgó la escritura ante D. Ángel Sanchez Freila, segun ella misma

declara, se convence de la nulidad intrínseca ó esencial de las arras prometidas en esta escritura, único apoyo de las alegaciones de la señora demandante.

Aunque otra cosa fuera, y concediéramos la posibilidad legal de la validez de esas arras ofrecidas despues de la union conyugal, y aceptáramos las doctrinas de aquellos que considerándolas como una donacion *remuneratoria* las reconocen con posible vitalidad, aun en esa hipótesis, faltan á las arras de la parte actora una condicion esencialísima que ya no es dado subsanar á los consortes.

Esa circunstancia á que aludimos es la de que las arras *se constituyeran como aumento de dote*.

Si ya demostrado queda que no hay dote, ni estimada ni tampoco inestimada, es evidente de todo punto que, faltando lo principal, no puede haber accesorio; que si falta el cimiento no hay manera de sostener el edificio que ha de apoyarse en él.

La legislacion anterior á la hipotecaria de 1861 exigia que las arras hubiesen de haberse constituido como aumento de dote, y aun así, si no se pactaba la hipoteca, no se entendia obligado el marido más que con una accion personal, pero no con la hipotecaria. Aquí no resulta una sola frase de la escritura mencionada que acredite la obligacion hipotecaria. Luego D.^a Josefa García Mellado no tiene esta pignoracion, aunque supusiéramos que las arras tenian una validez que les negamos por su misma fecha, que es cuanto nos proponíamos evidenciar.

E.

¿Qué carácter tienen, pues, los bienes aportados por D.^a Josefa García Mellado? Ya lo adivinará V. S. En nuestra opinion solo deben calificarse de *parafernales* ó *extradotales*, como que, segun dejamos ámpliamente probado, no han llegado á la categoria de dotales.

Mas como los bienes parafernales no siempre consiguen la garantía hipotecaria, hemos de fijarnos algo en este particular, muy interesante para la resolucion del problema propuesto.

Los bienes parafernales indudablemente corresponden á la mujer, y ella conserva siempre su dominio; pero á las veces los entrega al marido señaladamente con intencion de que tenga éste la administracion de ellos.

Cuando así sucede, cuando el marido los recibe por voluntad de su esposa, queriendo ésta que él los administre, entonces la mujer, segun nuestro antiguo derecho y segun el novísimo, tiene la pignoracion legal, que antes era la tácita general, y hoy el derecho á una hipoteca especial.

La ley 17, tít. 11, p.^a 4.^a así lo declara, y la jurisprudencia del Tribunal supremo la interpreta con su acostumbrado acierto. S. 22 de Octubre 1857, 9 de Enero 1860, 23 de Mayo y 29 de Octubre 1864, y 27 de Noviembre de 1865.

Pero es de notar que ni la entrega se presume, ni tampoco *la intencion* de que habla la ley de Partida respecto de la administracion; siendo absolutamente preciso que ambas circunstancias se prueben de un modo concluyente. S. 23 de Mayo y 21 y 29 de Octubre de 1864.

Y ¿dónde están esas pruebas en el caso actual? En ninguna parte. Los autos dejan en vacío esta justificacion, no habiéndola intentado siquiera D.^a Josefa García Mellado. Sus justificantes quedan reducidos á un solo dato acerca de este particular que nos ocupa: la escritura de 15 de Febrero, tantas veces mencionada; documento público que atestigua una sola cosa, la confesion de recibo, no el recibo de Oliver; pero sin disputar ahora esta distincion, aunque sea de grave trascendencia, basta á nuestro propósito llamar la atencion judicial sobre que no hay más que el recibo, sin que una palabra *se hable de administracion*. Luego podemos y debemos concluir con el Tribunal supremo de Justicia que estos bienes son parafernales, sin garantía hipotecaria, por faltar el requisito esencial que no se presume, que ha de probarse, y que aquí no se justifica, de que la mujer, desprendiéndose de la administracion, la haya confiado al marido.

Luego en esos bienes retuvo D.^a Josefa García Me-

llado su pleno dominio, sin limitacion alguna, conservando hasta *su administracion*, que con independencia de la voluntad del marido ha podido llevar, como ha resuelto más de una vez el Tribunal supremo de Justicia. (S. 25 de Junio de 1857, 4 de Marzo 1858 y 9 de Enero 1860.)

Consecuencia precisa de todo esto es que D.^a Josefa García Mellado no tiene hipoteca tácita, ni privilegiada como lo es la de la dote, ni falta de privilegio como lo son la de las arras y las de los parafernales entregados al marido para su administracion.

Corolario de nuestras deducciones es la de que, si la mujer ha vendido esos bienes en todo ó en parte, y no prueba haber entregado al marido su precio, y ese dinero no lo conserva, ha dispuesto de él sin gravar á su marido, al menos en perjuicio de sus acreedores, siendo ella la que lo pierde.

Si esos bienes han sufrido otras modificaciones, lo cual no se ha justificado tampoco, ya por causas naturales que ocasionaran su ruina, ya por reivindicaciones de terceros, ella sola ha de sufrir sus consecuencias, por aquel axioma de derecho, *res domino suo perit*.

Otro segundo corolario no menos importante. Si las precedentes observaciones son, como lo entendemos, perfectamente acordes al derecho escrito y á la jurisprudencia sentada, y segun ellos la señora demandante no tiene hipoteca legal, en vano es que con la habilidosa forma empleada por D. José Oliver en la escritura de 31 de Marzo de 1868, ante D. Francisco Javier Castillo, (f.º 1.º de los autos ejecutivos), se insinuara la posibilidad de la hipoteca en garantía de las aportaciones de su esposa.

Esas manifestaciones que por cierto hablaban en términos hipotéticos, tan aplicables á una como á otra situacion, á la de tener ó de no tener hipoteca D.^a Josefa García Mellado, no son las que constituir podian entre ambos esposos sus respectivos derechos y las obligaciones correlativas. Esas manifestaciones, aun sin apreciar su mañosa redaccion, que más se encaminaba á aquietar el ánimo del acreedor que á advertirle de peligros contingentes, no pasan de

una observacion del Sr. Oliver, destituida de fuerza, y cuyo valor ha de consistir en la verdad de los fundamentos en que descansan sus indicaciones, bien parcos y bien estudiados, para no soltar prendas y mucho menos para constituir obligaciones. (Cláusula 3.ª)

Segun sus palabras, al deudor le quedaba la retirada cubierta, y en caso de ser reconvenido por los herederos de su mujer, podia alegar: yo no he dicho que mi mujer tenga dote ni arras garantidas, ni aun parafernales, entregados á la administracion marital. Yo solo he dicho, añadiria Oliver, que *en todo caso*, que en último extremo, en el de tener derechos mi esposa, el *summun* de esos derechos no podia exceder de 145,737 rs., 6 y 1½ mrs.

Pero fijado el *maximum*, no se habla del *minimum*; y como éste podia ser la nada, el cero, al cero se han reducido, hecho el análisis que nos hemos permitido.

D. Juan Tuset, que nada dijo, que nada convino en orden á este particular, que nada reconoció, porque no despegó sus labios, y se limitó á oír lo que se le referia, consideró que podia venir á ese *minimum* que el cero representa; y confiado en esta creencia, aceptó la escritura en sus pactos, no en sus referencias, aunque diga *en todo y por todo*, y prestó sus capitales.

No se equivocó, como hemos demostrado, porque D.ª Josefa García Mellado ni tiene ni ha tenido, segun la legislacion antigua, hipoteca legal en garantía de sus bienes aportados; y no puede, por tanto, ostentar un derecho de preferencia contra los legítimos acreedores de D. José Oliver.

2.ª

Abordemos la segunda hipótesis, la última faz del debate que sostenemos, aunque para ello establezcamos el supuesto *no concedido*, y cuya negativa hemos probado, de haber tenido la señora de Oliver hipoteca general y tácita por la antigua legislacion, ya proveniente de la

dote *estimada*, de las arras ofrecidas ó de los parafernales entregados á la administracion marital. ¿Tendrá hoy ese mismo derecho? ¿Conservará esa hipoteca? Sus privilegios destruirán los derechos de mi defendido D. Juan Tuset?

Esto último es lo que vamos á negar resueltamente, apoyándonos en la misma obra del matrimonio Oliver, aunque concediéramos las dos preguntas anteriores.

En efecto, como consta de autos, en 24 de Diciembre de 1869 se otorgó por D. José Oliver Samos y Collantes escritura pública, ante la fé de D. Cayetano Hernandez y Lozano, notario de Lanjaron, en que manifiesta que el *haber* (no la dote) de su esposa, al cual su marido se constituyó responsable, era de 14,573 escudos, 730 milésimas. Que los bienes raices aportados por la D.^a Josefa fueron enajenados bastantes años hace, y deteriorados ó destruidos los muebles. Que desde hace bastante tiempo pensaron reunir todo este haber en el cortijo de la Campana, al que tiene grande afecto la D.^a Josefa, como resulta de los dos testamentos otorgados por ambos consortes en Granada, el uno á 21 de Noviembre de 1854, ante D. Francisco de Paula Galvez, y el otro en 11 de Abril de 1869, ante D. Francisco Javier Ruiz Aguilar. Que con estos antecedentes ha significado la señora su deseo de que su marido constituya á favor de ella hipoteca sobre dicho cortijo por la suma expresada y para los efectos que dispone la ley hipotecaria y reglamento para su ejecucion, y deseando complacer á su mujer el D. José. «Visto que su aspiracion es justa y que el valor del citado cortijo es muy superior, »*con mucho exceso*, á la suma que por todos conceptos es »responsable, segun va dicho» á la Sra. D.^a Josefa, desde luego otorga el D. José que constituye hipoteca en la finca, cuya descripcion hace minuciosamente, todo lo cual dice que le *corresponde en propiedad* y la tiene inscrita, citando tomo y folio, fincas números 79 al 85. D.^a Josefa García, enterada del contenido, *la aceptó desde luego* y se conforma con la hipoteca que su marido D. José Oliver constituye sobre el cortijo de la Campana, *para responder de las aportaciones que la referida hizo á su ma-*

trimonio, y de las arras que le ofreció su marido. El Notario, despues de reservar á favor del Estado un derecho preferente al cobro de los tributos, *advirtió á los otorgantes* que de esta escritura se ha de sacar copia para su inscripcion en el Registro de la propiedad del partido, en el término señalado; *«pues no podrá oponerse ni perjudicar á tercero, sino desde la fecha de su inscripcion, ni será admisible en ningun tribunal, etc. Así lo dijeron y otorgan, firmando con el que lo ejecuta de los testigos que son presentes, etc. (Folio 37 de la pieza de prueba de la actora.)*

Hemos sido minuciosos al referir este documento público, y no lo extrañe V. S., porque es, en nuestro sentir, el caballo de batalla de la presente contienda, y su tenor sirve para decidirla, con la justicia y rectitud que el Juzgado acostumbra, en favor de nuestras solicitudes, aunque la contraria entiende que á ella la favorece.

Es evidente que si como ya hemos probado, D.^a Josefa García Mellado no tenia crédito dotal, esta hipoteca, aunque expresa, no puede tener efecto en juicio, porque la prenda, como la fianza y la hipoteca, son derechos accesorios que no subsisten sin un derecho principal en que se cimenten; y que anulados esos derechos principales, que son los créditos de su garantía, cesan y se destruyen.

Forzoso es, por lo tanto, que triunfara la hipótesis contraria á la que hemos defendido, si no con toda la sobra de recursos y argumentos que le favorecen, al menos, como es factible á nuestros escasos medios y á nuestra tosca pluma; pero aun así consideramos tan esclarecido el punto con una luz diáfana y poderosa, que conceptuamos fuera de duda la conviccion de los Tribunales de que no hay crédito dotal ni parafernial sobre que recaiga la garantía hipotecaria, ni la antigua ni la nueva, bajo forma tácita, ni con expresa manifestacion.

Pero el rigor lógico nos debe llevar á fingir la situacion que defienden nuestros contrarios, porque es tan mala su causa, que ni así puede sostenerse.

D.^a Josefa García Mellado, si tiene dote y si tiene hipo-

teca, no le asiste hoy derecho de hipoteca tácita general, como ella pretende; y en esa pignoracion, hipotéticamente concedida, lejos de ser preferente y anterior á D. Juan Tuset, es posterior á éste, despues de cuya solvencia tendrá lugar la suya, pero no antes.

Probar estas aseraciones es lo que ofrecemos para terminar con un argumento concluyente é irrefutable la serie de alegaciones del demandado, á fin de justificar que procede en justicia su más amplia absolucion.

Y nada más sencillo que probarlo.

La escritura tan detalladamente referida nos dice paladinamente que para cumplir la ley hipotecaria y el reglamento dado para su ejecucion se concedió hipoteca voluntaria por D. José Oliver en favor de su esposa.

Ahora bien; esa ley, en su texto vivo, dice que la prioridad de tiempo dá preferencia en el derecho; que la hipoteca anterior goza de privilegio respecto de la posterior, y que las fechas de la respectiva inscripcion deciden quién ha de ser pagado antes con el valor de los inmuebles hipotecados. Así se deduce del espíritu general de la citada ley hipotecaria, y con especialidad del art. 105, en relacion del 23, 24, 25, 26, 27 y 28.

La circunstancia de ser una hipoteca de las llamadas legales no la excluye de estos principios cardinales, porque como ordena el art. 161, la hipoteca legal, una vez constituida é inscrita, surte los mismos efectos que la voluntaria, sin más excepciones «que las expresamente determinadas en la citada ley, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que la misma hipoteca confiere.»

Hoy, ni la mujer casada, ni el hijo de familia, ni el pupilo, ni ningun acreedor hipotecario legal tiene derecho indeterminado y general sobre todos los predios de su deudor, como antes sucedia.

Hoy no tiene más que la facultad de exigir que le aseguren sus derechos con una hipoteca expresa, igual en sus efectos á la hipoteca voluntaria, segun la prioridad de inscripcion. Así lo dice expresamente el art. 158 de la

Ley hipotecaria: «Las personas á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitucion de una hipoteca especial, suficiente para la garantía de su derecho.»

Ni podia ser otra cosa, porque las bases de publicidad y especialidad en que descansa la ley no permiten el sistema de las hipotecas generales llamadas ocultas, porque no se conocian, de los acreedores, y tácitas porque la ley las estableció por su ministerio, sin necesidad de acto alguno externo, ni de otorgamiento de escritura constitutiva de la hipoteca, ni de su inscripcion. Nacido el derecho, quedaba garantido con la hipoteca legal. Ahora no. Ese derecho da la facultad de pedir hipoteca, y constituida é inscrita surte su efecto contra tercero desde la fecha de la inscripcion, y no antes, lo mismo que las hipotecas voluntarias, y sobre este no hay duda.

Ahora bien; la hipoteca legal de D.^a Josefa García Mellado, caso de ser válida y eficaz, porque haya en realidad crédito dotal ó parafernial que la motive, ¿de qué fecha es?

Ya lo hemos dicho: la escritura de 24 de Diciembre de 1869, y se presentó en el Registro en 8 de Enero de 1870, cuya fecha es la que toma su inscripcion. Tomo 7.^o, por orden de fechas, folio 217, número 300. En esto convienen las pruebas de ambas partes, tanto las de D. Juan Tuset, (folio 191), como las de la demandante, (folio 391).

Y ¿cuándo se inscribieron las hipotecas otorgadas á favor de mi parte, que garantizan los tres créditos para cuya solvencia se han entablado los autos ejecutivos, motivo de la tercería de D.^a Josefa García Mellado? En 9 de Diciembre de 1867, en 31 de Marzo y 22 de Abril de 1868, y 23 de Febrero de 1869, segun demuestran las certificaciones que obran en la pieza de prueba de D. Juan Tuset, (folios 182 al 187), certificacion expedida con citacion contraria y con todos los requisitos legales para hacer la más completa fe en juicio.

Luego estos tres créditos hipotecarios son preferentes al de D.^a Josefa García Mellado, como garantidos por hipoteca anteriormente inscrita, en fuerza del gran princi-

pio de la ley vigente «*Qui prius es in tempore, potior es in jure.*» Luego la tercería de preferencia es, aun existiendo la hipoteca legal bajo la influencia de la ley hipotecaria, tan absurda é insostenible cual ya hemos demostrado que lo era por la legislacion antigua; y si cabe, porque la cuestion de fechas es más sencilla y más perceptible, es todavía más temeraria la pretension de preferencia que sostiene la actora con un tenaz empeño, solo concebible en una causa desesperada, como recurso gastado que merece toda la severidad de los Tribunales.

Y es tanta la temeridad de esa demanda de preferencia, que se pregunta uno asombrado: siendo posterior la hipoteca expresa de la señora Oliver; siendo posterior su inscripcion, ¿en qué se funda para mejorar su derecho, que es posterior en tiempo, contra el axioma sentado hoy en nuestra novísima legislacion?

Esto es lo que vamos á analizar, procurando la mayor claridad y á la par la concision posible, para no abusar de la benevolencia de V. S., y no será culpa nuestra que algo nos dilatemos en la refutacion de las alegaciones contrarias, pues como siempre sucede, las expone D.^a Josefa García Mellado con una serie de argumentaciones prolijas, aunque infundadas y desestimables.

Dos son los fundamentos principales. Los unos se refieren al carácter de los créditos de D. Juan Tuset; los otros se hacen consistir en los singulares privilegios y concesiones otorgadas por la reciente ley hipotecaria á los créditos hipotecarios legales, por razon de dote, como es la que se atribuye aquella señora. Veámoslos cada uno con separacion.

A.

La demandante dice que D. Juan Tuset no es acreedor hipotecario. ¿Por qué? Porque es solo escriturario, siendo nulo su derecho inscrito, en razon á descansar en una informacion posesoria la inscripcion de D. José Oliver, hipotecante.

Tan peregrina idea no surgió de la mente de D.^a Josefa García Mellado cuando puso su demanda, porque las ligeras frases del folio 19 *aun cuando se concediese á D. Juan Tuset el carácter de acreedor hipotecario*, era solo para asegurar que no podia anteponerse á los derechos de la señora demandante, y nada afectaban de esa tendencia á negar su cualidad de créditos pignorados á estos que reclama mi defendido, créditos escriturados con la hipoteca; créditos inscritos con la misma, y créditos reconocidos de esta naturaleza por la misma actora.

Claro es que en caso de negar la condicion precisa de hipotecarios á esos derechos de D. Juan Tuset, la señora demandante habria formulado *in recto* la solicitud adecuada, y hubiera alegado sus razones con la amplitud y la especialidad que una cuestion tan grave merecia.

D. José Oliver, coadyuvando á su esposa, es el que ya vino tomando acta de aquel modismo de lenguaje para fundar en él la negacion del derecho hipotecario de mi parte, á quien considera en sus alegaciones como un simple acreedor *escriturario*.

El fundamento es original y raro. Parte del supuesto que la ley hipotecaria prohibe constituir hipoteca sobre bienes no inscritos de propiedad y sí de posesion, y bajo esta falsa base, aplicada á este caso en que el deudor no tiene inscrita más que la posesion de su finca del cortijo de la Campana, deduce que las hipotecas con que se ha gravado este predio son nulas y baldías para mi parte; aunque no para D.^a Josefa García Mellado, que en su juicio, por tener la hipoteca anterior tácita general, puede hacer hipotecable el fundo que no lo es para mi parte.

Aquí tiene V. S. en resúmen la disparatada doctrina del coadyuvante, que ha venido á hacer suya la parte actora, como no es de extrañar en personas tan íntimamente unidas por el vínculo del interés, además del lazo conyugal.

Hemos contestado ámpliamente hasta pulverizar estas alegaciones en nuestro escrito de dúplica, desde el folio 252 al 271, en cuyos lugares hallará el Juzgado tratada

esta cuestion. El período de prueba nada ha influido en este extremo del debate, por ser hechos conocidos los que la sirven de base y no haberlos negado mi parte. Sin embargo, hemos traído certificacion de las inscripciones de posesion del cortijo de la Campana, del molino harinero del rio y de la casa núm. 9 de la plaza de Lanjaron, que D. José Oliver consiguió en 2 de Setiembre de 1865, y que presentó en el Registro de la propiedad del partido á 5 del mismo mes, fincas núms. 79, 81 y 83, tomo 7.º de Lanjaron, folios 227, 234 y 241. (Certificacion folios 192, 194 y 196, pieza de prueba de D. Juan Tuset.)

Las pruebas y las alegaciones convienen por lo tanto en que D. José Oliver, dueño de los bienes hipotecados, y sobre los que recae la tercería de preferencia, solo tiene inscrita la posesion con tal carácter de dueño, pero sin título escrito de dominio.

D. José Oliver antes, y despues su señora, dicen que las hipotecas de mi parte son nulas por esta circunstancia, al tenor de lo ordenado en el art. 410 de la ley hipotecaria de 1861, bajo cuyo imperio se establecieron ó constituyeron.

Mas ese artículo dice todo lo contrario. Dice que el *derecho activo*, el establecido en favor del *acreedor*, el garantido con la hipoteca es el que no puede acreditarse con informaciones posesorias; pero no ha dicho que los bienes hipotecados, la propiedad del hipotecante, el dominio de éste, no pueda constar por esas informaciones que, supliendo la falta de título escrito acreditativo del derecho dominical ó de propiedad se han admitido, cual ha indicado la misma parte contraria, para formar la cabeza de la titulacion que luego ha de continuar en el Registro sin interrupcion en las transmisiones sucesivas.

«Lo dispuesto en los anteriores artículos sobre las inscripciones de posesion *no será aplicable al derecho hipotecario*, el cual no podrá inscribirse sino mediante la presentacion del título escrito.»

Y ¿cuál es el derecho hipotecario? ¿Necesitará D. José Oliver que le digamos nosotros que el derecho es lo con-

trario de la obligacion? Que es la *parte activa*, el *crédito*, no la deuda? De seguro que no; pero si su obcecacion á tal extremo le ofusca, el Juzgado, en su contemplacion tranquila y despejada, exenta de toda pasion, alumbrada por su notorio saber, no puede venir á semejantes desvarios, y ofenderíamos su profunda ilustracion si ante la rotundidad de las frases de la ley hiciéramos el más pequeño comentario para demostrar una inteligencia bien clara y que nadie más que D. José Oliver ha querido poner en duda.

Por eso no haremos más que recordar las palabras de la misma exposicion de motivos, comentario el más auténtico de la ley, en que despues de manifestar la índole de estas informaciones, que no dan más valor á la posesion de la que tiene en derecho, sin que se perjudique el verdadero propietario, hasta que la convalida la prescripcion, concluye:

«Á poco que se medite, nadie desconocerá que no puede ser extensivo á la *hipoteca* este modo supletorio de justificar los demás derechos reales; en todos ellos hay posesion, y el hecho de la posesion es lo que se prueba por la informacion; en la *hipoteca*, la cuestion no es de hecho, porque el *acreedor hipotecario* no posee; consiste solo su derecho en ser reintegrado con el valor de la finca sobre que ha prestado.»

Estos son los motivos del art. 410 explicados por sus autores, y como se ve, se refieren al *acreedor hipotecario*, no al deudor; y D. José Oliver, que es el deudor y no el acreedor, es el que ha hecho informacion posesoria, no de la *hipoteca*, sino de su *posesion como dueño*, derecho real, que tiene una cuestion de hecho sujeta á la justificacion, como dicen muy bien los redactores de la ley hipotecaria.

Ciertamente que las informaciones posesorias no son un título indestructible, y que los acreedores que prestan bajo la garantía de sus hipotecas, constituidas en bienes así inscritos, corren mayores riesgos que si en vez de informaciones posesorias tiene el dueño título de dominio inscrito, segun lo dispuesto en el art. 34 de la ley hipotecaria. Por esos riesgos, los Bancos y demás instituciones

de crédito territorial, del mismo modo que no admiten segundas hipotecas, no prestan bajo esta garantía, poco sólida y expuesta á desvanecerse por reclamaciones reivindicatorias que resuelvan ó anulen el derecho del poseedor; no teniendo por tal causa estos bienes las condiciones necesarias para el crédito territorial, como dijo el ministro de Gracia y Justicia al proponer las últimas reformas.

Pero de aquí no se desprende, como ha supuesto D. José Oliver, que seannulas las hipotecas constituidas sobre esta clase de bienes. Lo que sucede es que los acreedores deben ser precavidos y adquirir noticias de la seguridad ó legitimidad de ese derecho posesorio en que cimenta el suyo hipotecario.

Así lo hizo D. Juan Tuset, que supo muy bien el origen de la adquisicion de Oliver, dueño de la finca hipotecada el cortijo de la Campana, parte por herencia de su padre y parte como adquirente de la mitad reservable de que fué este último poseedor.

Mas si equivocara, y mañana una persona con mejor título que Oliver venciese á éste, consiguiendo la declaracion de ser el verdadero dueño, entonces D. Juan Tuset sufriria las consecuencias de su error en haber creído suficientemente legítimo el motivo en que descansa la posesion de Oliver; pero cuenta del acreedor, no del deudor, será ponerse á salvo de este riesgo, sin que entretanto se ataque por ello la validéz de las hipotecas de mi parte, como quiere hacerlo D. José Oliver, con notorio error y con falta absoluta de personalidad para entrometerse en suscitar estas dificultades.

La que ofrecería en otro caso á D.^a Josefa García Mellado la inscripcion posesoria, no se ha resuelto, ni por esta señora ni por su marido, aunque se congratulen de haberlo conseguido en sus alegaciones, de que esta señora no constituye, sino sustituye hipoteca en 24 de Diciembre de 1869, no habiendo hecho otra cosa que sustituir á la general y tácita la expresa y especial.

Dijimos antes y repetiremos ahora. Aquí no se trata del derecho activo, de la naturaleza del crédito; de lo que se

trata es de la condicion de pignorables de los bienes inscritos tan solo de posesion, y por lo tanto, si no son susceptibles de hipoteca los bienes de Oliver, no pueden ser afectados para uno ni para otro. Ni deberia valer la hipoteca constituida de nuevo á favor de Tuset, ni la que por vía de sustitucion haya otorgado á la demandante su esposo.

Lo que no es pignorable para nadie puede hipotecarse. Lo que es susceptible de hipoteca á cualquier acreedor puede concederse, si así lo establecen las partes contratantes, ya sea por sustitucion, ya por constitucion hipotecaria. Negar esto, querer que sean bienes afectables para unos y para otros no; crear privilegios personales cuando de las cualidades de las cosas se trata, respecto de las acciones ó derechos reales, es empeñarse en una empresa vana y absurda, como la del que quiere sostener que el sol no alumbra para todos y que para todos no es el aire que respiramos.

La práctica constante de los registros de España, que admiten la inscripcion de las hipotecas sobre bienes inscritos tan solo por informacion posesoria, viene en nuestro apoyo, y no es posible imaginar que todos se equivocasen y solo acertara el afortunado deudor D. José Oliver.

Pero ¿qué más? Este mismo, al otorgar una tras otra varias hipotecas á D. Eduardo Gonzalez Chia, á D. Juan Tuset y á D.^a Josefa Garcia, nos ha dicho elocuentemente con sus hechos que él mismo ha reconocido la cualidad de pignorables á esos bienes á que ahora se la niega, porque como dijimos en otros escritos de este mismo pleito, no era de suponer que á sabiendas quisiera dar una hipoteca baldía, incurriendo en un verdadero engaño, indigno de un hombre de probidad, y castigado con dureza por las leyes penales, sin que el haber estado enfermo mucho tiempo, en la posibilidad de que Tuset le consultara á personas doctas, le librase de la responsabilidad en que hubiera de incurrir con una conducta atentatoria á los derechos de una persona que á buena fé ha contratado con él, sabiendo que reúne la condicion de letrado hábil y entendido.

Afortunadamente, ni para el deudor ni para la señora de Oliver, que tambien ha aceptado hipoteca bajo la base de la informacion posesoria, resulta responsabilidad alguna; pues la hipoteca está bien constituida sobre los inmuebles cuya posesion se inscribe, toda vez que son admisibles para la garantía hipotecaria, por cuantas razones hemos expuesto, á las que añadiremos para concluir, que el claro tenor del art. 108 de la ley hipotecaria, en donde se manifiestan los bienes no hipotecables, demuestra que pueden afectarse éstos de posesion inscrita, no comprendidos en la lista de las excepciones. Sabido es que está permitido lo que no es prohibido expresamente por la ley; principio cardinal de la ciencia, sin cuya base no tendríamos jamás la seguridad de nuestros actos.

Hemos dado más extension de la que se merece la objecion anterior, aun cuando todavía mucho más pudiéramos alegar. Es demasiado notorio lo que niega Oliver, y no debemos, porque él lo quiera, molestar la atencion judicial rebatiendo doctrinas que son insostenibles y están combatidas por sí mismas, y por lo tanto vamos á entrar en la segunda de las aducidas en contra de nuestros derechos preferentes por la señora Oliver.

Hasta aquí hemos hablado de los de D. Juan Tuset; veamos ahora los de la señora Oliver, que fundan éste y la actora en los privilegios dotales y en los beneficios que les ha concedido á las mujeres casadas la reciente ley hipotecaria; cuestion no menos perceptible y que consideramos de tan fácil demostracion como la anterior.

Sostuvimos en el período de alegacion que D.^a Josefa García Mellado habia abandonado por su propia voluntad el sistema antiguo de la hipoteca legal tácita, y habia venido á constituirse en la nueva forma dada á las garantías de las mujeres casadas, en seguridad de sus bienes y derechos, y que en este cambio operado, lejos de quedar

burlados los derechos de los acreedores, habian sido grandemente favorecidos.

Dijimos más: que si daño resultaba á la señora de Oliver en esta nueva evolucion, no podia quejarse de la ley á que se ampara, sino de su propia obra.

Añadimos tambien que de dirigirse á los fines que ahora defienden D. José Oliver y la demandante, no resaltarían en la conducta de ésta las cualidades de sinceridad y buena fé de que ciertamente no se querrá separar, aunque perdiera algunos miles. Estas pérdidas materiales no son nada comparadas con el gran concepto que sin duda debe merecer y que la parte actora aspirará á conservar.

Y para complementar estas inducciones ampliaremos ahora que en otro caso los tribunales no podrian mantener unos actos que resultarian muy contrarios á la lealtad de la contratacion, y que D. José Oliver es el primer interesado en que no lleguemos á tales extremos.

Vamos á demostrarlo.

Como ya queda consignado, la señora de Oliver tiene constituida á su favor una hipoteca expresa sobre el corrijio de la Campana, segun la escritura de 24 de Diciembre de 1869, que en Enero de 1870 quedó inscrita; y ya con mucha antelacion estaban inscritas las tres hipotecas sobre el mismo inmueble á favor de mi parte.

Si es un principio cardinal de la ley hipotecaria el ser la hipoteca posterior pospuesta á la anterior, porque ya no hay prelacion por razon de la naturaleza de los créditos, habiéndose extinguido hasta los preferentes derechos de los acreedores singularmente privilegiados (art. 24), y ya ni las hipotecas legales constituyen un ramo aparte, limitándose los derechos de los protegidos en la ley á pedir la constitucion de una hipoteca suficiente, (art 158); pero una vez constituida, surte los mismos efectos que las hipotecas voluntarias, (art. 161). ¿En qué podrá fundarse la aspiracion de D.^a Josefa García Mellado, de anteponerse, siendo ella posterior, á D. Juan Tuset que es anterior?

Como V. S. verá, esto que á primera vista es insostenible, descansa en la inteligencia que la parte actora dá al art. 352 de la ley hipotecaria de 1861, que es la aplicable á esta contienda, puesto que tanto los créditos hipotecarios de Tuset, como los de la señora Oliver, se han constituido bajo su imperio.

Pero es el caso que en ese mismo artículo fundamos nosotros la resolución contraria, ó sea la de que Tuset es preferente en el cobro de sus créditos á la señora de Oliver.

Consiste, pues, toda la dificultad en analizar y conocer el verdadero sentido de esa disposicion y de las que le están ligadas en la mencionada ley, y una vez comprendidos en su espíritu y en su letra ese artículo y los correlativos, no hay manera de dudar, y hay de necesidad que absolver á mi parte y condenar á la contraria.

¿Cómo es que ambas partes contendientes se apoyan en una misma disposicion para sostener tan contrarias soluciones?

Es muy sencillo. Mientras la señora de Oliver se contenta con aducir parte del texto, nosotros lo queremos aplicar entero y no mutilado. La señora de Oliver no pasa del párrafo primero, y nosotros continuamos más allá y vamos al segundo y último.

Dice aquel: «las hipotecas especiales que se constituyan *dentro del expresado término de un año*, bien en sustitucion de las legales comprendidas en los artículos 353 y 354 ó bien en seguridad de los derechos á que se refiere el art. 358, surtirán su efecto desde la fecha en que con arreglo á la legislacion anterior debería producirlo la hipoteca legal ó el derecho asegurado, para lo cual deberá fijarse dicha fecha en la inscripcion misma.»

Es así, dice la señora Oliver, que mi hipoteca es de las comprendidas en el art. 354: luego debe surtir su efecto, no desde el dia 7 de Enero de 1870, sino desde el 14 de Febrero de 1841, en que me casé con D. José Oliver y adquirí el derecho á la hipoteca legal, segun la antigua legislacion.

Es así que, decimos nosotros, la hipoteca no se constituyó dentro del año expresado, que fué el de 1863; luego no le es aplicable ese privilegio, esa excepcion del párrafo transcrito. La que le es aplicable es la disposicion del párrafo siguiente. «Las que se constituyan pasado dicho término (el de un año), *cualquiera que sea su origen y especie, no surtirán efecto en cuanto á tercero, sino desde la fecha de su inscripcion.*»

Y como la hipoteca se constituyó seis años despues del término señalado, es claro que, sea cualquiera su origen y especie, aun cuando sea de hipoteca dotal, del art. 354, no surte efecto contra mi parte, *que es tercero*, sino desde la fecha de su inscripcion, que siendo muy posterior en tiempo es posterior en derecho. Luego no puede ostentar preferencia alguna.

Luego la demanda es absurda, es temeraria, y debe ser repelida con las costas.

El término de prueba nos ha evidenciado las bases de hecho en que descansa este irrefragable argumento, porque la escritura de 24 de Diciembre de 1869 se ha traído y se ha cotejado á instancia de la parte actora; y D. Juan Tuset ha traído tambien los certificados de las inscripciones, tanto las relativas á los créditos de D. Juan Tuset, como á la especial hipoteca de la señora Oliver. Tenemos, pues, los dos hechos acreditados. Uno, que la fecha de la constitucion de la hipoteca de la señora Oliver está hecha *muchísimo* despues del año concedido en el art. 352, párrafo 1.º de la ley hipotecaria; otro, que su inscripcion es *muy posterior* á las de D. Juan Tuset. Luego segun lo preceptuado en el segundo párrafo del mencionado artículo, la hipoteca de la actora no puede causar perjuicio á las de D. Juan Tuset, que por la fecha de su inscripcion son anteriores.

Y en efecto, así lo han reconocido todos los que han tenido intervencion en estos contratos, incluso los mismos esposos Oliver, como demuestran los autos y las pruebas suministradas, siendo un recurso de última hora el que ha sacado la señora demandante de *suponer* que ese plazo se

prorogó por un año, luego indefinidamente, despues por noventa días, que concluyeron en Abril de 1871.

Ya hemos discutido ámpliamente sobre esta soñada próroga, y no vamos á fatigar de nuevo á V. S. repitiendo argumentos que han quedado victoriosos, porque no han sido verdaderamente refutados en el escrito del folio 296, aunque á ese fin se han dedicado nada menos que 32 fojas.

El tenor literal de los decretos de 24 y 19 de Diciembre de 1863 y 1865 claramente nos manifiesta que ellos se referian á los documentos y derechos antiguos del título 14, y no á las hipotecas nuevas del título 13. Su espíritu no podia ser otro que facilitar la inscripcion y apresurar las ventajas para el crédito territorial de las reformas de la ley hipotecaria.

Por eso no alcanza al plazo del art. 347, que fué el de un año, para convertir en especiales las antiguas hipotecas tácitas que la legislacion nueva destruia; y mucho menos podrá alcanzar á las hipotecas de las mujeres casadas, que no fueron obligadas á sustituir los antiguos derechos por otros nuevos, ni aun siquiera facultadas para pedir al marido una hipoteca especial, y muy al contrario se les prohibió por el art. 354.

Tan solo el marido, por su voluntad, podia cambiar la tácita general subsistente por una especial expresa; pero en este caso, la mujer podia aceptarla ó no, segun que la conceptuase suficiente, y jamás lo fuera si tenia anteriores gravámenes que debia respetar, segun el art. 356; mucho más si se ofrecia pasado el año y quedaba su derecho sin efecto retroactivo.

La proroga era, además de innecesaria, infecunda, porque habia de alejar los capitales de la propiedad raiz, por falta de garantía y por dejar en incierto lo que le quiso proteger.

Ni el Gobierno ha dicho nada de esa próroga, respecto á las mujeres casadas; ni tampoco se infiere así de las disposiciones especiales de los Bancos é instituciones de crédito territorial, porque ellas no son un comentario de la

Ley hipotecaria, siendo ajena de las facultades del Ministro de Hacienda la interpretacion de las leyes que corresponden á Gracia y Justicia, sin que esto se oponga á reconocer en el departamento de la Hacienda pública la competencia de reglamentar los Bancos, pero nada más que los Bancos, y no la contratacion de los particulares.

Por lo mismo que la ley hipotecaria protegió á las mujeres casadas, dejándoles sus derechos; por lo mismo que no se les obligó á pedir la sustitucion de una hipoteca ya existente, aunque general y tácita, por otra nueva, especial y expresa; por lo mismo que quedó á voluntad del marido este cambio; por lo mismo que no se les fijó plazo, fué absolutamente imposible conceder la próroga de que habla D.^a Josefa García Mellado, secundando las doctrinas de Oliver. De haber dejado, como quieren ambos esposos, un tiempo indefinido á esa sustitucion con efectos retroactivos, hubiera sido anular las ventajas del nuevo sistema ó privar de ellas á esta generacion, contra los propósitos manifiestos del legislador; y esa es la causa de que se haya fijado en la ley de 1861 el término á la retrocesion de los efectos de la hipoteca sustituyente á la general tácita de las mujeres casadas.

La ley dijo: vosotras podeis permanecer como estais; pero si prefieren vuestros maridos venir al nuevo sistema y constituir hipoteca expresa, han de hacerlo dentro de un año, para que esta hipoteca produzca sus efectos, aun antes de la fecha de su inscripcion, retrotrayéndose á la del nacimiento del crédito dotal.

Pero si ese período trascurre y no han hecho uso de esa facultad, entonces la hipoteca nueva que se constituya valdrá en sus efectos desde la inscripcion.

Los acreedores quedaron así avisados de que en un año, el de 1863, no podian prestar con completa seguridad sobre hipotecas especiales de bienes inmuebles, y que debian abstenerse durante ese tiempo de toda operacion en que pudiera surgir un riesgo, y eso hizo D. Juan Tuset. Éste no prestó hasta los años de 1867 y 1868, y como ya era pasado el plazo de constituir las hipotecas voluntarias

expresas con efecto retroactivo, y ya no habia constituido D. José Oliver ninguna sobre el cortijo de la Campana á favor de su señora, tuvieron seguridad, tanto Tuset como Gonzalez Chia, de quien trae causa, para dar su dinero, considerando buenas y valiosas las hipotecas con que Oliver les habia garantido el cumplimiento de su obligacion.

Imposible es que la ley, despues de haberles dado esa garantía, consignada en los artículos 352, 354, 355 y 356 viniera á herir sus derechos, ó lo que es lo mismo, á permitir el fraude, el dolo de que quien esa hipoteca constituyó, la burlase, estableciendo despues otra que anulase y destruyese la primera.

Eso no puede ser, y ni la ley ni la práctica podrán coadyuvar á semejante manejo, que las reglas morales condenan con toda energía. Aunque Oliver considera que su maniobra está conforme con las doctrinas del Tribunal supremo, segun la sentencia de 10 de Diciembre de 1872, en pleito de Arcos de la Frontera, no es así, pues la situacion de D.^a Enriqueta Hoya de la Barrera es de todo punto distinta de la en que se halla la señora demandante, sin que pueda concebirse que contra el claro tenor del art. 356 y del 352 fuera el Tribunal supremo, órgano autorizado para aplicar las leyes en su genuino sentido.

Lo resuelto es que, no obstante la ley hipotecaria, subsisten las hipotecas antiguas de la mujer casada; y esto no lo hemos negado, ni podemos negarlo, porque es doctrina tan justa como que descansa en la disposicion del art. 355 de la ley hipotecaria de 1861.

Mas falta por resolver, para que fuera aplicable á este caso, la sustentada por los esposos Oliver, que una vez constituida la hipoteca en sustitucion de la otra antigua, por voluntad de ambos esposos, pasado el año de que habla el párrafo 1.º del art. 352, haya de causar efectos *retroactivos*, contra lo expresamente mandado para todas las hipotecas de cualquiera clase y origen por el segundo párrafo de dicho artículo, y para las hipotecas dotales por el art. 356, en relacion con este mismo.

Eso no lo ha dicho el Tribunal supremo, como no ha di-

cho tampoco que ese plazo de un año está prorogado en daño de los adquirentes de derechos, al amparo de la ley hipotecaria tantas veces mencionada, cual con temeridad ha sostenido el matrimonio Oliver. De modo que esa sentencia de nada sirve á la causa de la parte actora, por su notoria divergencia al caso de autos; en donde, como ya hemos dicho y vamos ahora á demostrar, todos, absolutamente todos los que han intervenido en estos contratos, incluso D. José Oliver y su señora, han reconocido que la hipoteca de ésta habia de ser siempre pospuesta á las de D. Juan Tuset.

En efecto; vea el Juzgado las escrituras de créditos hipotecarios que han fundamentado la ejecucion contra D. José Oliver, y observará que en ellas el notario autorizante declara que toda hipoteca posterior seria pospuesta, con cuya declaracion se conformaron las partes, entre ellas D. José Oliver, que la otorgó y ratificó. ¿Cómo no protestó en contra? ¿Cómo no se reservó la facultad de otorgar nueva hipoteca á la señora Oliver, para que ésta pudiera anteponerse? Porque comprendió, como nosotros, que ya en el nuevo sistema es constante el principio invocado «*Qui prius es in tempore; potior es in jure.*»

En la escritura de hipoteca legal tenemos otra nueva prueba. En ella, folio 37 de la pieza de la actora, se hacen manifestaciones que merecen toda nuestra atencion, y por lo cual ya en su oportuno momento llamamos la del Juzgado.

Consignan en ese documento, despues de hacer mencion de las aportaciones de D.^a Josefa Garcia Mellado, que desde hace mucho tiempo pensaron reunir *todo* este haber de la D.^a Josefa en una sola finca, y ésta fuese el cortijo de la Campana, por el grande afecto que siempre le tuvo, como demuestran los testamentos. Que la señora habia significado su deseo de que su marido le constituya hipoteca en este cortijo, para los efectos que dispone la ley hipotecaria y su reglamento, «y deseando complacer á su »mujer el D. José: Visto *que la aspiracion es justa* y que »el valor del citado cortijo es muy superior, con mucho

«exceso, á la suma que por todos conceptos es responsable, segun va dicho, á la D.^a Josefa, desde luego otorga.»

Con que si la finca no fuese suficiente á cubrir las responsabilidades todas de D. José Oliver, no fuera justo otorgarle la hipoteca. Luego la hipoteca última no habia de perjudicar las responsabilidades anteriores. Luego para conseguirlo así es preciso que se cubran antes las hipotecas constituidas ya; porque de no ser así, lejos de ser justo que por el deseo de tener *junto* su haber en una finca la señora demandante, se fueran á perjudicar derechos de un tercero, que son muy respetables y valen más que el deseo de quien en derecho no debe bajo ningun aspecto quebrantarlos. No se justificaria esta novedad de 1869 por los testamentos de la señora de Oliver y de su esposo, que además de no valer de prueba ni de ser eficaces más que en su parte dispositiva, significarian solo una aspiracion en tanto aceptable, en cuanto no viniera á herir y sacrificar intereses ajenos.

Luego esas mismas palabras de D. José Oliver, guardando armonía con las de otras escrituras y con las advertencias de los notarios, nos demuestran que ellos mismos reconocian la prioridad de las hipotecas anteriores; pero que fiados en ser de más valor el cortijo de la Campana, creyeron que despues de cubrir los créditos de mi parte quedaba un remanente que pudieron afectar á la señora de Oliver, para que en su dia reuniese en dicha finca todo su *haber*; y esto, no habiendo perjuicios, era justo, justísimo, para *complacer* á su señora y *satisfacer* su deseo; pero por lo mismo fuera altamente injusto y hasta gravemente ofensivo á los principios de equidad y justicia, que esa complacencia á los deseos de la señora Oliver fuese en daño de los acreedores que, ya al amparo de las leyes y del nuevo sistema, habian constituido sus hipotecas, enterados de que estaba libre la finca y era pasado el año en que, con efectos retroactivos, pudo hipotecarse á la señora demandante.

El notario de Lanjaron D. Cayetano Hernandez, en cumplimiento de su deber, como ya lo habia hecho en 31 de

Marzo de 1868, el notario D. Francisco María Moleon y Romero, advirtió á los otorgantes D. José Oliver y su esposa, que de esta escritura de hipoteca dotal de 24 de Diciembre de 1869 se habia de sacar copia para su inscripcion en el Registro de la propiedad del partido, en el término señalado; *«pues no podrá oponerse ni perjudicar á tercero sino desde la fecha de su inscripcion.»* Los esposos Oliver quedaron enterados y conformes, y lo otorgaron, firmando la escritura, como lo expresa ésta al final.

Consecuente con esta manifestacion del notario, y con la aceptacion de la señora y de su esposo, se hace la inscripcion de esta garantía hipotecaria, y en ella no se menciona la retroaccion de sus efectos á la constitucion dotal, segun puede verse al folio 191 de nuestra pieza de prueba, donde obra el certificado literal de la inscripcion, para que no se ofrezca duda acerca de su contenido.

De modo que no solo los dos notarios y los otorgantes, sino el mismo Registrador, han convenido en que la hipoteca de 24 de Diciembre de 1869 surte sus efectos desde la inscripcion, y no desde que contrajeron su matrimonio D. José Oliver y su esposa D.^a Josefa García Mellado.

Téngase en cuenta que cuando la hipoteca se retrotrae por virtud de lo dispuesto en el art. 352 de la Ley hipotecaria, dice esta misma que ha de hacerse así constar en la misma inscripcion, y de no cumplir este precepto bien se deduce que la inteligencia de los otorgantes y del funcionario público encargado del Registro estaba conforme con la manifestacion hecha en las escrituras mismas, que dejamos referidas; sin que D. José Oliver pueda acogerse al efugio de que no tiene parte en esa inscripcion, puesto que la ley dá la facultad á los interesados de pedir al Registrador la minuta de la inscripcion antes de sentarla, y de pedir su reforma, si en ella se han omitido las circunstancias que debe contener. De no usar de este derecho se presume su tácito consentimiento, contra el cual nada pueden alegar.

Además del expreso tenor de la inscripcion y el de las manifestaciones de las escrituras en que han intervenido

el deudor y su mujer, los actos de esta señora confirman sin género de duda esta misma verdad que venimos defendiendo, porque de otro modo su conducta no sería digna del alto concepto moral que la corresponde.

¿Cómo explicaría, si no, esta señora, que manifestase los deseos de que su esposo constituyese en 1869, cuando ya estaba tres veces afecto en esta finca el cortijo de la Campana? ¿No resultarían entonces esos deseos con verdadero propósito de burlar los derechos adquiridos de los acreedores legítimos de su marido? Es evidente que sí; que esta hipoteca última solo podía aparecer como un acto inocente, limitado al remanente, después de cubiertas esas hipotecas anteriores, hipotecas que á este fin sin duda fueron mencionadas en la inscripción del crédito hipotecario de 24 de Diciembre de 1869.

Es evidente que sí; que en otro caso, atacando la subsistencia y eficacia de las hipotecas anteriores, era una defraudación altamente reprobable, que no es posible imaginarla en la señora Oliver, que entonces no tendría disculpa en su proceder, ni aun á pretexto de querer conservar su dote, porque esta necesidad no era entonces real y verdadera, teniendo Oliver todavía bienes de gran importancia, cuyo precio ha corrido en parte por la mano de la misma señora de Oliver.

Ya lo hemos dicho al referir los hechos, y debemos recordarlo ahora en este momento. D.^a Josefa García Mellado, como apoderada de su esposo, en 15 de Noviembre de 1869 vendió en 300,000 rs. la casería de la Cerda, y en 7 de Diciembre veintidos fincas de Calicasas en 70,000 rs., de cuyo precio se descontaron algunos créditos, y quedó un líquido de cerca de 90,000 rs., que tomó la señora en efectivo metálico.

¿Cómo podría sincerarse la señora Oliver de los gravísimos cargos que de esta conducta le resultarían, si en seguida de recoger este dinero hubiera constituido su hipoteca sobre los bienes ya afectos á Tuset, destruyendo los derechos de éste ó con tendencia á sobreponerse á ellos?

¿No resultaría una maquinacion dolosa, con fraude manifiesto, á todas luces insostenible?

Claramente se presenta esta reflexion, porque lo natural era que la señora Oliver, al sustituir sus hipotecas especiales, no viniera á lastimar los derechos adquiridos, y que las hubiese constituido sobre esos capitales obtenidos en la venta de los bienes; y nadie que se precie de recto y de justificado puede admitir que habiendo fincas valiosas, con excesos libres de responsabilidad, se dejasen estos y se buscara la finca tres veces afecta, para poner en lucha y conflicto los derechos de los acreedores con los de la señora de Oliver.

En cuanto ésta reflexione con maduréz, convendrá en que su situacion, dada su hipótesis, es más que dudosa, inexplicable en buenos principios, y por lo tanto retrocederá ante el abismo que á su buen nombre y al de su esposo, abriría ese proceder doble y maquiavélico, que no parecería sino encaminado á un solo objeto: burlar los derechos respetables de quien á buena fe prestó su dinero, del que ha disfrutado esa señora en las necesidades de su casa y familia, por cuyo justo motivo está obligada ante el tribunal de su propia conciencia á pagarlo, y á no permitir quede defraudado un derecho tan legítimo y justo.

Seguros estamos de que la señora demandante habrá de meditar todavía más; que sobre las leyes del honor, imperiosas é irresistibles entre personas de moralidad, está, en el caso de autos, la necesidad de salvar á su propio marido de una tremenda responsabilidad, como ya hemos indicado antes y vamos á explicar ahora, para concluir esta ya larga serie de reflexiones eficacísimas con que queremos cerrar este interesante punto del debate.

D. José Oliver no tenia obligacion por la ley hipotecaria de sustituir la tácita general por una expresa. Su esposa no puede exigirle este cambio. Solo por su voluntad puede el marido constituir esta garantía del nuevo sistema, y ¿pudiera hacerlo faltando á sus propios pactos? ¿No se habia limitado él mismo la pignoracion posterior del cortijo de la Campana con un carácter preferente? Ya lo hemos

demostrado y los autos lo atestiguan. Desde 31 de Marzo de 1868 convino en que toda hipoteca posterior á las de Tuset quedaria pospuesta. Luego no pudo, por su sola voluntad, ofrecerla á su esposa con efecto retroactivo, sin quebrantar esta solemne obligacion escriturada, y toda convencion en contrario es nula, de toda nulidad, como hecha sin facultades y contra derecho.

Empero, si esa nulidad no prevaleciera, y se sostuviese á pesar del art. 352 la eficacia de la última hipoteca, y que ella destruyera los derechos anteriormente inscritos, preferentes por el axioma fundamental de la ley hipotecaria consignado en sus artículos 25, 26, 27 y 28, resultaria claramente que habia cometido *un engaño* de grave trascendencia, y cuya importante represion corresponde al Código penal segun disposiciones muy claras y evidentes.

Afortunadamente para D. José Oliver, somos de la opinion contraria. Creemos que en su mano no ha estado barenar el pacto, ni cambiar el sistema actual de la ley hipotecaria; consideramos que la hipoteca de su esposa no afecta los derechos de mi parte, anteriores en tiempo y preferentes en derecho; proclamamos que ni aun con el más torcido intento y con el ánimo más resuelto de defraudar á su acreedor, mi defendido, no lo pueden conseguir; pero si cuantas razones hemos aducido y otras que por no ser cansados nos reservamos, no favorecieran nuestras opiniones y no las evidenciaran con la claridad que nosotros vemos, y triunfasen en su tenaz empeño D. José Oliver y su esposa, ¡triste seria su desengaño y terrible su despertar! Los tribunales de justicia, administrándola, como lo hacen siempre con imperturbable serenidad, harian sentir el severo castigo á los que, violando las leyes de la moral, quebrantando sus propios pactos y maquinando dolosamente, vinieran al engaño reprobado y punible de que ciertamente deben alejarse, aunque no atiendan más que á sus propias conveniencias y á su misma seguridad y consideracion.

Hemos concluido. Cuanto nos propusimos demostrar queda expuesto, no con habilidad, que no la tenemos, pero sí con tales y tan abundantes datos que la duda es imposible.

La tercería de *preferencia* es tan efímera como la de dominio.

D.^a Josefa García Mellado, que no tiene dote inestimada, según hicimos ver en la primera parte de estas alegaciones, no tiene tampoco dote estimada: ella lo ha confesado, y nosotros lo hemos discutido hasta en sus menores detalles.

Si tiene arras prometidas después del matrimonio, y por lo tanto ineficaces, no pueden concederle derechos á la hipoteca tácita del antiguo sistema, que solo como *aumento de dote* y con pacto expreso de hipoteca adquirirían la pignoración.

Aunque aportó bienes verdaderamente parafernales, como no consta la entrega á su marido con *intencion* de que tuviera la *administración*, ella la ha conservado, según la ley 17, tít. 11, p.^a 4.^a, y decisiones del Tribunal supremo. No tiene hipoteca legal que las garantice.

Despréndese de aquí que no tiene D.^a Josefa García Mellado hipoteca tácita general en afianzamiento de su haber; y aunque su marido se la ha constituido en 24 de Diciembre de 1869 de una manera expresa y especial, como la hipoteca es accesoria y no subsiste sino en tanto que permanece la obligación que garantiza, no puede prevalecer y no ha debido servir de motivo á la temeraria demanda de D.^a Josefa García Mellado, de cuya absolución no tenemos recelo.

Aun en la otra hipótesis, en la de subsistir y valer la hipoteca de 24 de Diciembre de 1869, no se antepone en sus efectos á las hipotecas de D. Juan Tuset, que anteriores en la inscripción, son anteriores en tiempo y son preferentes en derecho.

Para ser retroactivos sus efectos y gozar de la excepción del art. 161 de la Ley hipotecaria, era preciso que tuviesen las circunstancias de haberse constituido dentro

del año de 1863, como ordena el art. 352 de la misma en su párrafo primero.

Ella se ha constituido á los seis años de regir la ley hipotecaria de 1861, y surte sus efectos desde la fecha de su inscripcion, como dice el segundo párrafo del mencionado artículo 352, y el 356 que le es correlativo.

Aunque la señora Oliver y antes su marido quieran suponer que ese año está prorogado y se cerró en Abril de 1871, no es verdad.

Desmiente esa suposicion la letra de los decretos de 24 y 19 de Diciembre de 1863 y 1865, que se refieren al título 14 y no al título 13 de la Ley. Ni la exposicion de motivos del Ministro de Gracia y Justicia, ni la comision de las Córtes, ni estas mismas han dicho lo contrario; ni tampoco puede inferirse del decreto-ley de 5 de Febrero de 1869, expedido por el departamento de Hacienda, no para explicar la ley hipotecaria en sus relaciones con la contratacion de los particulares, cosa ajena á sus atribuciones, sino para las operaciones de Bancos é instituciones de crédito territorial, caso en que no nos hallamos y que era el de su competencia,

La próroga implícita, último y triste recurso de la ingeniosa defensa del deudor coadyuvante, sobre no ser verdadera, si fuese posible en el art. 347 de la Ley hipotecaria, no lo fuera en el 354 y sus correlativos el 352 y 356, que se refieren á la mujer casada, exenta de la obligacion de convertir en expresa su tácita hipoteca, y que solo estaba en el caso de aceptar lo que su marido le diera, cuando libre de todos riesgos y sin otras cargas, ofreciera completa solvencia, culpándose á sí propia de equivocarse en sus juicios, ó por descuido ó por error.

Á este solo debe atribuir D.^a Josefá García Mellado no encontrar en la hipoteca cuarta del cortijo de la Campana el reintegro de su haber entero y cumplido; y no á la ley que nos ampara, cuyo cuidado y solicitud han llegado al grado de mayor esfuerzo.

Ese error no puede enmendarse hoy dando un carácter de retroactividad que no tiene la hipoteca de 24 de Di-

ciembre de 1869, como lo pretende la señora de Oliver y este mismo deudor, poniéndose en contradicción con sus pactos de 31 de Marzo de 1868, con sus palabras de la misma escritura hipotecaria aludida, con la opinion de los notarios y con la inscripción misma del derecho que defienden.

Si no fuera así, resultaría una maquinación dolosa, una evolución fraudulenta que dejaría mal parada la reputación de ambos, y que los comprometería con gravísima responsabilidad criminal por un notorio engaño que la ley reprime para evitar se perjudiquen los que contratan á buena fe, como lo ha hecho repetidamente D. Juan Tuset, animado de los mejores propósitos, y cuyo dinero han consumido los dos esposos Oliver en la satisfacción de sus necesidades, consideración que debía levantar en el ánimo de nuestros colitigantes unas tendencias contrarias á las que manifiesta su demanda, más visiblemente temeraria cuanto más se conoce y analiza.

En suma; ni hay crédito dotal, ni es preferente su hipoteca. Esta última, cambiada ya, no tiene los caracteres de la antigua tácita, y la sustitución lleva solo á cobrar de lo hipotecado, con especialidad lo que antes gravaba el caudal entero, medio que ha inventado la última ley para mejorar el crédito de los maridos y no para perjudicar la leal contratación.

D. Juan Tuset, que ha garantizado sus derechos con hipotecas primeras ó anteriores, hipotecas eficaces, aunque impuestas sobre bienes inscritos solo de posesión, pero posesión subsistente mientras no la derribe otro título más fuerte, como verdadero acreedor *hipotecario*, y no simplemente escriturario, tiene un indisputable derecho á cobrar del cortijo de la Campana antes que la señora de Oliver, no solo por el valor de los inmuebles que ésta aportó, sino también por los muebles entregados, pues la salvedad de que habla la ley hipotecaria, mal entendida por D. José Oliver, se refiere al derecho hipotecario pasivo; esto es, á los bienes obligados que siendo inmuebles han de registrarse por la ley hipotecaria de 1861 y sus modificaciones.

Si el principio de la ley es general, de que *prius in tempore, potior in jure*, salvas excepciones en que no nos hallamos; si es un fundamento capital en que descansa el nuevo régimen de la *publicidad* y la *especialidad*, y nos debe guiar en la resolución de las cuestiones; y aquí es indudable que las inscripciones de D. Juan Tuset son anteriores á la de D.^a Josefa García Mellado, ésta debe decir, como los condenados del Dante: «Lasciate ogei», esperanza y resignarse á la justa suerte que las leyes reservan á estas demandas que, como la suya, son de todo punto injustas; ya en la primera parte, ó sea en la tercería de dominio, completamente absurda; como en la tercería de preferencia, no menos infundada y maliciosa.

Las alegaciones anteriores y las pruebas en que se fundan convienen en una observacion que á todas las reúne. En que los esposos Oliver se hallaban convencidos de su injusto proceder, y que si han venido al palenque judicial, no ha sido animados de un sentimiento siquiera erróneo, de que defendian sus derechos verdaderos. Ellos sabian que esos derechos no existen y son imaginarios; pero han querido oponer resistencia al cumplimiento de las leyes, confiados en que para salvarlas se han necesitado sacrificios de gran magnitud, y contaban con las ventajas de un cálculo á que no ha descendido D. Juan Tuset, que, exacto en llenar sus deberes, es firme para defender sus derechos.

Una última observacion recordaremos á V. S. para que la tenga en memoria al fallar con su acierto y rectitud este pleito, y es que si la demanda no hubiera sido tan exhuberante, que ha llenado los ámbitos de la *plus petition*, aun dentro de las doctrinas de la misma parte actora, y se hubiera limitado á la preferencia, es posible y hasta lo más probable que ni D. Juan Tuset hubiera sido demandado, ni siéndolo, hubiera tenido que sostener un litis de puro lujo, bien excusable, sin menoscabo de sus intereses, porque con los bienes embargados habrian cobrado D. Juan Tuset y D.^a Josefa García Mellado, ya sea ésta delante, ó aquel antes que ella.

Esta reflexion entraña una lógica conveniencia que ya evidenciamos al concluir la parte respectiva á la tercería de dominio, y es la de que es preciso castigar esa exageracion, porque envuelve en sus pliegues todos los males que se han inferido, y así es de esperar de la rectitud de V. S. que sabe muy bien los fundamentos filosóficos de las leyes civiles, que penan la plus peticion como una gran aberracion de los litigios, que los aumenta y complica, pues peticiones justas en ciertos términos, se hacen inadmisibles en otros. ¡Caiga la ley sobre quien la quebranta!

Por tanto, sin que sea visto dejar especie alguna gravosa ó perjudicial á mi parte, antes bien, negándola su forma y reproduciendo lo favorable,

Al Juzgado suplico se sirva proveer y determinar en definitiva, como al principio queda solicitado, por ser así de justicia, que pido con expresa condenacion de costas.

Granada 23 de Junio de 1874.—JOSÉ MARÍA GONZALEZ.
=LDO. JOSÉ VALVERDE.

