

obra prudentemente haciendo lo que el Confessor le dize: Ergo, &c.

16 Resp. tamen lo 1. afirmativamente: Quando la obligacion de restituir proviene de delito. Y lo pruebo; porque el poseedor de mala fe está obligado à todos los daños que sucedieron por su culpa; *Sed sic est*, que este daño sucedió por su culpa: Ergo, &c.

17 Y lo mismo digo, quando por ignorancia del Confessor se dió à pobres lo que por razon de algun delito se debía restituir. Y la razon es, porque vno de dos ha de pagar esta ignorancia del Confessor; conviene à saber, ó el inocente à quien se debe la restitucion, ó el culpado que la debe; *Sed sic est*, que la condicion del inocente es mejor que la condicion del culpado: Ergo, &c.

18 Respondo lo 2. Que quando la restitucion obliga por razon de la cosa accepta, y sucediese lo dicho, en tal caso no avrà obligacion de restituir otra vez; pues ni la cosa está ya en su poder, ni hurvo culpa en la eleccion del medio que tomó para restituir: Ergo, &c.

19 A los fundamentos de la sentencia contraria, en quanto se opena à nuestra primera conclusion, respondo al primero, que del solo se inferre que no pced en la eleccion del tal medio, lo qual es cierto, pero no que esto le exima de restituir con efecto.

20 Al segundo respondo: Que el tal deudor hizo lo que debió, y pudo por aquel tiempo, pero con vna tacita obligacion, de que sino sucediese en la restitucion, quedaria obligado à intentar la por otro medio, hasta que con efecto compense el daño causado.

21 Y al tercero digo: Que el señor no estava obligado à consentir en que la restitucion se hiziese por el Confessor, Parroco, ó otro Varon prudente, ni à hazer dicha tacita delegacion, sino es con carga de restituir segunda vez, si la primera hecha por dichos medios no surtiesse efecto. No obstante esto, la contraria, como ya dixi, es probable, y segura in praxi.

### CAPITULO V.

De la circunstancia, Quo ordine.

Preguntarás lo 1. Si las deudas ciertas se deberán restituir primero que las inciertas?

1 Supongo antes de responder, que de tres maneras se dize vna cosa incierta: lo primero, quando no consta si se debe, ó no; y en este caso no es necesaria la restitucion, porque es mejor la condicion del que la posee: lo segundo, quando consta que se debe, pero se dá à quien de dos, ó de tres personas se deba; y en tal caso, ya dexamos dicho en otras partes, que se ha de dividir segun la mayor, ó menor razon de dudar.

2 Y lo 3. Quando consta que se debe la cosa,

y se ignora totalmente à quien; y en este sentido procede la presente dificultad. Esto supuesto.

3 Respondo lo 1. Que si la cosa aiena que no tiene cierto dueño está en su propia especie, se debe restituir en primer lugar à los pobres, aunque no quede despues para pagar à los acreedores ciertos, si las cosas de estos no están en su especie. Es comun de los Doctores. Y la razon es, porque à los acreedores se les ha de satisfacer de los bienes propios, y no de los ajenos; *Sed sic est*, que estos bienes son ajenos: Ergo, &c.

4 Respondo lo 2. Que si las cosas no están en su especie, se debe restituir primero lo que se debe à personas ciertas, que lo que se debe à personas inciertas; segun la comun sentencia, que cita Machado, tom. 1. lib. 2. part. 3. tract. 2. doc. 13. num. 2. Y la razon puede ser, porque en no pagar las tales deudas inciertas à ninguno, se haze injuria en particular, pero si al contrario en no pagar las deudas que se deben à personas ciertas: Ergo, &c.

5 Pero esto no obstante, Molina, de instit. tr. 2. disp. 76. num. 2. es de sentir contrario, y parece aprobar lo dicho Machado. Y con razon, porque los acreedores inciertos (siendo las deudas ciertas) no tienen en la realidad menos derecho à sus deudas, que los ciertos; y así no deben ser pospuestos à ellos: Ergo, &c.

Preguntarás lo 2. Si ay alguna prioridad, ó posterioridad entre la obligacion de restituir, que nace de algun delito, y la que no nace de delito?

6 Respondo negativamente. Así lo tiene, con Sylvestre, Pedro de Navarra, y otros Modernos, contra otros, Lefio, lib. 2. cap. 15. dub. 3. num. 16. Y la razon es, porque quando vn hombre llega à tener en su poder la hacienda aiena contra la voluntad de su dueño, igual pecado comete en dilatar la restitucion, cuya obligacion se contraxo por rapina, ó por hurto, que la que se contraxo por emprestito, ó fiança, ó por qualquiera otro trato licito; y así vna cosa es hablar del origen de la obligacion de restituir en orden à otros efectos, y otra muy diversa el hablar de la mesma obligacion de restituir, en orden à si este ha de ser, ó no antepuesto à aquel.

7 Y así mismo digo: Que tampoco ay preferencia entre las deudas nacidas por contrato oneroso, como la compra, &c. y las causadas por contrato gratuito, como la donacion, &c. y así todas las dichas deudas que se deben restituir, tienen igual grado de obligacion, aunque el modo de contraerlas aya sido desigual. Así lo tienen los sobredichos DD. y otros, que cita Machado, *vbi supra*, num. 4. y 5.

Preguntarás lo 3. Qué orden se deba guardar en restituir?

8 Respondo: Que lo primero que se ha de restituir, es aquello que está en ser, porque en esto no tiene dominio otra persona alguna, sino su dueño, aunque tenga la hacienda fuera de casa, y en poder de otro.

9 En segundo lugar se han de poner los gastos

tos moderados del entierro, y lo necesario para pagar el testamento, è inventario, y guardar los muebles porque son de derecho natural.

10 Lo 3. Han de ser preferidos aquellos que tienen hypoteca à los que no la tienen; porque la hypoteca se dá para seguridad.

11 Lo 4. Los que tienen algun privilegio personal, como la esposa de futuro por razon de la dote, entregada sin seguirse el matrimonio, han de ser preferidos à los demás.

12 Entre los demás acreedores personales, aunque sean anteriores, no ay preferencia alguna. Acerca de lo qual se vea nuestro tomo de las Proposiciones, tract. 5. conf. 19. num. 8. y 9. pag. 309. de la 2. y 3. impresion.

13 Tampoco ay preferencia entre los acreedores pobres, y ricos, aunque otros quieren que los pobres ayan de ser preferidos à los ricos. Veafe Diana, part. 11. tract. 3. ref. 11.

Preguntarás lo 4. Si el deudor podrá pagar por entero al que primero le pide el debito, con detrimento de los demás acreedores, que ó no piden, ó piden posteriormente?

14 Respondo: Que la parte afirmativa es probable, pero mas comun la negativa: acerca de lo qual se vea dicho Diana, resol. 12. por toda ella.

15 Imò, es probable, que aunque el deudor, conociendo que ha de caer de la estado, no puede licitamente pagar por entero à vno de los acreedores que no pide, y que *aliàs* no tiene derecho de prelacion; pero el acreedor à quien el dicho pagasse por entero sin pedirlo él, podrá licitamente retenerlo, aunque sea con detrimento de los demás acreedores. Acerca de lo qual se vea el sobredicho Diana, ref. 13. que lo defiende bien, è infiere de ai muchos corolarios, que se pueden ver en él. Y en el fin de la dicha resolucion tiene por probable la sentencia de muchos Doctores, que fienten, que el orden de restituir prescripto por las leyes, obliga solamente en el fuero externo; pero no en el fuero de la conciencia.

### DISPUTACION VI.

De las causas que escusan, ó difieren la restitucion.

Las causas que escusan, ó difieren la restitucion, suelen reducirse à doze, como se siguen: la primera, la pobreza del deudor: la segunda, la remision del acreedor: la tercera, la cesion de bienes: la quarta, el daño del acreedor, ó de la Republica, ó de otro qualquiera proximo: la quinta, la paga hecha al acreedor de tu acreedor: la sexta, la destitucion inculpable de la cosa debida: la septima, la autoridad del derecho; y Juez: la octava, la entrada en Religion: la nona, la descomunión del acreedor: la dezima, la incertidumbre de los acreedores: la vndezima, la dispensacion, è

composicion con el Papa: y la duodezima, la compenacion de muchas de estas causas se ha tratado ya, y así solo trataré aora de algunas de ellas, y con la mayor brevedad que pueda; en los capitulos siguientes.

### CAPITULO I.

De la pobreza del deudor.

Preguntarás lo 1. Qué pobreza escusará al deudor de restituir?

1 Respondo: Que no solo escusa la imposibilidad absoluta, sino tambien la extrema, y grave necesidad mientras dura; y esto, aunque el acreedor esté en igual, ó mayor necesidad. Es comun de los Doctores. Y la razon es, porque entonces cessa el derecho de las gentes, que distinguió los dominios; y así ha de ser mejor la condicion del que posee, aunque la cosa fuese debida, por qualquier delito, ó contrato.

2 Y esto no solo tiene lugar quando la necesidad es propia, sino tambien quando es del padre, muger, ó hijos; porque estos pueden ser preferidos al acreedor, estando todos en extrema, ó grave necesidad, segun Lefio, *vbi infra*, num. 14. lo qual estiendo Toledo à los hermanos, de septem peccatis mortalibus, cap. 39. porque se reputan todos por vna mesma persona: Imò, se puede dezir lo mesmo de otro qualquiera proximo; si por otro modo no pudiesse locorretarla, sino dilatando la restitucion; como lo tienen muchos, que cita Machado, lib. 2. part. 3. tract. 2.3. doc. 1. num. 4. Pero esto último del proximo, se debe entender con tal que el acreedor no esté constituido en igual necesidad.

3 De aquí es: Que aunque vno huviesse jurado de pagar à Pedro en tal dia, si aquel dia cayesse en extrema necesidad, quedaria libre del juramento; porque el juramento en tal caso no es obligatorio, por ser contra la caridad del mesmo que le hizo.

4 Respondo lo 2. Que tambien escusa de la restitucion el peligro grande de la salud del alma del deudor, ó de los suyos, como si la muger, ó la hija; por la pobreza huviesse de vender su honestidad, los hijos huviesse de dar en ladrones, ó él se huviesse de desesperar. Es tambien comun. Y la razon es, porque qualquiera está mas obligado à mirar por la salud de su alma, y de los suyos, que à pagar las deudas, si el peligro fuere notable, y no huviere otro modo de evitarle.

5 Respondo lo 3. Que tambien escusa de la restitucion el detrimento grande en las cosas no debidas. Así lo tiene, con Salón, y Cayetano, Villalobos, tom. 2. tract. 11. disp. 20. num. 1. con otros muchos Lefio, lib. 2. cap. 16. dub. 16. num. 21. Y la razon es, porque en tal caso el acreedor está obligado segun la recta razon à contentar en la dilacion, *aliàs* terà involuntario *irrationabiliter*; pues será

contra equidad; y caridad si quisiese se le satisficiera luego con tanto incommodo de el acreedor.

6 De aqui se sigue: Que el deudor para pagar no está obligado à maltratar su hacienda, ni à servir, ni à aprender oficio, ni el oficial à vender sus herramientas, ni la cama, ni los trastos necesarios de la casa; porque todo esto fuera contra razon, y se presume, que el acreedor no ha de querer ir contra ella; sino antes gustar que el deudor difiera la restitucion, hasta que con mas comodidad pueda hazerla.

7 Respondo lo 4. Que tambien escusa de la restitucion la notable cayda del estado justamente adquirido; y asi podrá diferirse hasta que pueda restituir con mejor comodidad, y esto ora aya contrahido las deudas justa, ò injustamente; como bien con muchos dicho Villalobos, num. 7. Y la razon es, porque aunque es verdad, que el acreedor, quando la deuda es por hurto, no está obligado de justicia à conceder la dilacion; estálo empero por equidad, y caridad, pues es justo que el acreedor permita se difiera la restitucion, que à su deudor le es de tanto detrimento. Pero esto queda difusamente tratado arriba, cap. 3. *questi. 2.* por todo el, donde se puede ver.

Y si preguntares aqui lo 2. *En que se diferencia la obligacion de restituir por trato licito, de la obligacion de restituir por trato ilicito?*

8 Respondo: Que se diferencian en que quando nace esta obligacion de trato ilicito, se deben pagar todos los daños causados de la dilacion, y lucro cesante, y qualquiera otra perdida que aya por razon del iniquo trato. Pero quando la obligacion de restituir nace de trato licito, y el deudor dilata la restitucion, por no tener con que pagar, no está obligado à satisfacer los daños causados de la dilacion; porque los contratos licitos encierran en si esta tacita condicion, de que se han de pagar los daños si huviese dilacion culpable en la paga, y si no, no. Vease Lefio, *ubi supra*, num. 32.

Preguntarás lo 3. *Si el que ballandose en necesidad extrema consumió la cosa agena que tenia en su poder, estará obligado despues de passada à restituir su valor al señor?*

9 Respondo: Que la parte negativa tiene con muchos, que cita, y sigue, Machado, tom. 1. lib. 2. *part. 3. tract. 23. doc. 1. num. 5.* Y la razon que dan es, porque en tal caso se hizo la cosa comun por derecho natural; y ninguno está obligado à restituir la cosa comun ya consumida. Pero acerca de esto vease lo que diximos sobre el septimo del Decalogo, *questi. 9.*

22(9)22

## CAPITULO II.

*De la remission, ò donacion del acreedor: de la compensacion: y de la prescripcion.*

Preguntarás lo 1. *Si la remission del acreedor escusa de la restitucion?*

1 **R**espondo afirmativamente. Es comun de los Doctores. Y la razon es, porque la remission es vna cierta donacion de la deuda: Ergo, &c. Ni haze al caso que el deudor no tuviese intencion de restituir, ò tuviese intencion positiva de no restituir; porque aunque en esto pecaria, con todo esto la remission seria valida, si el acreedor libremente remitiesse.

2 Requiere empero tres condiciones para que la remission sea valida, y escuse de la restitucion; y son las siguientes.

3 La 1. Que la remission sea libre, y no por miedo, fraude, ò engaño; porque la remission, como queda dicho, es vna cierta donacion de la deuda; *sed sic est*, que la donacion debe ser libre. Ergo, &c.

4 De aqui se sigue lo 1. Que es invalida la remission del que se fingió pobre, si el acreedor la hizo por el pretexto de la pobreza.

5 Siguese lo 2. Que tambien seria invalida si el deudor, expresa, ò implicitamente amenaçasse al acreedor sino le remitia toda, ò parte de la deuda; lo qual suele suceder quando los poderosos deben à los oficiales, ò à Mercaderes; pero los agasajos, y ruegos no obstan: porque no hazen involuntaria la donacion, sino es que fuesen tan sobremanera importunas, que quiera mas el deudor privarse de su dinero, que sufrir vna tan importuna sollicitacion.

6 Siguese lo 3. Que tambien es invalida la remission parcial, que se haze por miedo de perder todo el credito por culpa, ò fraude del deudor; porque la tal parcial remission no será libre en tal caso.

7 Pero lo contrario se deberá dezir, si no interviniendo culpa, ò fraude del deudor, el acreedor desesperado de cobrar toda la deuda por la pobreza del deudor, le remitiesse parte de ella, por cobrar lo demás: que en tal caso parece voluntaria la remission, y sin fraude, ni violencia, motivado de la pobreza del deudor.

8 Y de aqui se sigue lo 4. Que quando el deudor se compuso con los acreedores, que le contentan con menor suma, quedará libre de la obligacion de restituir, aunque despues venga à mejor fortuna, con tal que no intervenga fraude, dolo, ò miedo; porque en tal caso la composicion es vna cierta remission, y donacion de la deuda; como con Sylvestre, Sà, Navarro, y Navarra, lo tiene Bonacina, *disp. 1. questi. 2. punct. 2. num. 6.*

Lo

## De la Restitucion.

9 Lo contrario empero, dicen, y bien los dichos Doctores quando el deudor que tiene suficiente caudal para satisfacer à todos, se recoge à la Iglesia, ò à algun remoto lugar para conseguir de los acreedores, por esse medio, la remission de la deuda, en todo, ò en parte: porque en tal caso interviene fraude.

10 Añade Sà, *Verb. Debitum, num. 27.* que la menor parte de los acreedores, que reclamò, está obligada à pasar, por la convencion, y ajuste de la parte mayor: y por consiguiente, que no le se debetá pagar, mas que lo que se paga à la mayor parte de los acreedores. Pero esto no lo aprueba *per se* dicho Bonacina, num. 7. Y con razon: porque la composicion, y convencion de la mayor parte, no le quita su derecho à los demás acreedores, ni puede dañar à los demás que no se huvieren convenido: como bien Riccio, *in praxi Auea, ref. 491.* Debe empero limitarse esto, salvo si el consentimiento de la menor parte fuesse necesario para recuperar aquella parte del debito, sin el qual consentimiento nada se recuperaria, y todos padecerian detrimento, y sentirian el daño.

11 Siguese lo 5. Que no solo escusará de la obligacion de restituir, la remission formal, sino tambien la presumpta: como con la comun de Doctores, lo tienen dicho Bonacina, numer. 8. y Balleo, *verb. Restitutio 5. §. 2. num. 11.* Y la razon es: porque en tal caso nada le retiene contra la voluntad del señor.

12 Y de aqui es: Que muchas vezes se escusan de la restitucion los hijos de familias, los Religiosos, y las mugeres caladas: porque aunque estos pecan en hurtar cosa notable al Padre, Religion, ò marido. Con todo esto muchas vezes no pecan en no restituir por la presumpta voluntad de sus dueños. Y de aqui tambien dicen muchos, que no está obligado à restituir aquel que tomó alguna cosa, la qual si la huviera pedido al dueño, se la huviera dado.

13 Siguese lo 6. Que para el valor de la remission, no es necesario que el deudor ofrezca la paga, y le muestre el dinero: *Imò*, ni que esté en animo de hazerla, como arriba se dixo: porque nada desto quita, que el acreedor pueda validamente remitir la deuda, pues la remission pende solamente de su voluntad. Es tambien comun.

14 La segunda condicion requisita para la validacion de la remission es: que la persona que remite tenga potestad para ello, la qual no tienen los pupilos, hijos de familias, Religiosos, esclavos, mugeres caladas, &c. como consta, *ex §. Nunc ad menendi, Instit. quibus alienare licet, vel non, cum similibus*; y así el hijo de familias no puede remitir las deudas del padre, ni la muger las del marido, &c. Y la razon es manifesta: porque no pueden condonar, los que no pueden hazer donaciones: Ergo, &c.

15 La 3. condicion es: No esté anulada por el Derecho, como lo están por el Concilio Tridentino,

*sess. 24. cap. 22.* la remission que se hazen los Prebendados vnos à otros de las distribuciones cotidianas, que perdieron por no asistir en el Coro: lo que los Obispos, ò Arçobispos quando visitan, reciben fuera de lo necesario para su sustento, *cap. Exigit, & cap. Felicitis, de censibus, in 6.* y lo que recibe el Juez delegado de las partes, sino que sean cosas de comer, ò beber, en pequeña cantidad, *ex cap. Statum, de rescript. in 6.* y quando los Inquisidores *pretextu Officij* sacan algunos dineros con extorsion, *ex Clementina, Nolentes, de hereticis, in 6.* estos quatro casos exceptua el Derecho, para que en ellos no se pueda remitir la restitucion.

16 Todo lo dicho es comun de los Doctores, como se puede ver en Lefio, lib. 2. cap. 16. *dub. 2.* Becano, *de restit. questi. 64. num. 3.* Trullench, lib. 7. *cap. 15. dub. 4.* Machado, tom. 1. lib. 2. *part. 3. tract. 23. doc. 4.* Balleo, y Bonacina, *ubi supra*, Caspense, y otros innumerables.

Preguntarás lo 2. *Si la compensacion oculta escusará de la restitucion?*

17 Respondo afirmativamente. Es comun de los Doctores. Y se prueba: lo vno, porque por la tal compensacion se quita la desigualdad: y lo otro, porque en tal caso nada retiene el deudor, en que el acreedor pueda ser razonablemente involuntario: Ergo, &c. Pero *utrum* sea licita dicha compensacion; y con que condiciones: puede verse, sobre el 7. del Decalogo, *sec. 3. questi. 3.* y en donde alli me refiero.

Preguntarás lo 3. *Si la prescripcion legitima, será suficiente causa, que escuse de la restitucion?*

18 Respondo afirmativamente: Y esto de tal fuerte, que el que legitimamente ha prescripto alguna cosa agena, aunque despues de pasado el termino de la prescripcion, conste que fue agena, no estará obligado à restituirla. Así lo tiene, con la comun sentencia de los Doctores, contra otros; Balleo, tom. 1. *verb. Prescriptio, num. 15.* Y la razon es: porque la prescripcion transfiere el dominio en el possessor de buena fe, pasado el tiempo legitimo, *ad hoc* aunque no aya auido negligencia en aquel contra quien se prescribe: luego escusará de la restitucion, no solo en el fuero externo, sino tambien en el fuero de la conciencia. Vease dicho Balleo, que lo prueba de otras maneras, y satisface al fundamento de la contraria.

19 Pero es de advertir aqui lo 1. Que ay algunas personas contra las quales no se puede prescribir, como contra el pupilo, que mientras está en la edad pupilar, no se dà prescripcion contra el, ni de los bienes inmuebles, ni de los muebles; *ex leg. Sicut in rem, C. de prescript. triginta annorum.*

20 *Imò*, ni se dà prescripcion contra aquel que está tan impotente, ò impedido, que no puede pedir en juicio sus cosas. De donde es, que no se dà prescripcion contra el mentecato, contra el menor de 25. años, contra el hijo que está debaxo de la patria potestad, contra la muger, cuyo marido no está privado de la administracion de su hacienda, y finalmente