

81

expressamente se obligue el nombre para poder dirigir contra él acción alguna; en las precitadas obligaciones, ni se expresó el nombre de D. Francisco de Aguirre, ni se pudo expresar: porque aun no era Deudor. Y si todo esto es necesario para pedir contra el nombre de Deudor; sin esto todo, no pudieron los Acreedores de Don Juan Miguel demandar contra D. Francisco.

Podráse decir tambien, y ya se alega por el Consulado, que no falta excusión, pues el presente concurso la produce en la equivalencia, que es lo mismo, que decir, que Don Juan Miguel se declaró falido; y que así no hay necesidad de excusión en sus bienes. Y para desvanecer este paralogismo es menester suponer, que D. Juan Miguel, requerido de sus Acreedores no dixo, que no tenía bienes algunos de que pagar (que aunque lo dijera, no bastaba, como dixo fundado en la antecedente Conclusion, si juntamente no lo probara) lo que dixo fue, que no tenía el dinero para pagar la Escritura, que se le demandava; y requiriéndole señállas bieñes, respondió, que señalava por bienes suyos los 400. pesos, que D. Francisco le debía, y con ligereza los Acreedores se fueron contra los 400. pesos, pretermiteando el orden de el Derecho, de inquirir su mas, ó menos idoneidad para pagarles, como si por sola esta respuesta se entendiese falido,

Lo qual no es así: porque aunque este nombre falido tiene varias acepciones, de que trata Bolero; (8.) y aunque el, que forma concurso de Acreedores se diga notorio falido, y se equipare a él, que hizo cession de bienes: esto se entiende, quando el concurso es general en todos los bienes de el Deudor, en sentencia de el Señor Salgado, y esto porque conste; no por solo el, que diga, que no tiene el dinero, que se le demanda; sino q no tiene de dónde poder satisfacer. (9.) Desfutre que

(8.) *Bolero de decoct. debitor. Fisal. in princ.*

(9.) *Dñus. Salg. Labyr. par. 1. cap. 28. n. 5. & 6. in hac: Ex his ergo inferatur, quod dum debitor est decoctus, similis est ei, qui bonis cessit, postquam eius bona sunt inconcursu creditorum, & per eum est relata administratio, & ratio est: quia debitor concursum causans dicitur decoctus, & fallitus iam declaratus, cum suo proprio ore confiteatur, se non esse solvendo, nec habere unde suis creditoribus satisfacere possit, &c.*

19.

que este Deudor concursado en sentir de este Grande Autor, Príncipe en esta materia, para decirse falido, se equipara á el, que hizo cession de bienes, desapropiandose de quanto tenia, y entregandolo á la Curia para paga de sus creditos. Y esto no hizo Don Juan Miguel: pues antes señaló bienes especiales para la paga, que se le requeria: conque no es falido, ni tenido por tal D. Juan Miguel, para evitar la excusión; pues el concurso se ha seguido sobre un crédito particular entre particulares Acreedores, que contienden ser pagados en él; y no ha sido general sobre todos sus bienes, ni han cogartido todos sus Acreedores, si algunos otros tiene, que es el caso, en que procede la Doctrina de los Doctores: (10.) de que el notorio falimiento quite la accesibilidad de la excusión. Esto no ay, ni consta, ni se ha provado por los Acreedores; y así no pudieron venir demandando contra D. Francisco, como Deudor de D. Juan, sin la precedente excusión establecida en Derecho.

Fuera de esta capital razon alegada, ay otra fortísima para que los Acreedores de D. Juan Miguel, no pudiesen convenir á Don Francisco, como su Deudor, y es; que para que el Acreedor pueda pedir contra el Deudor de su Deudor, no solo es necesaria la precedente excusión; sino que el debito no tenga la menor duda, y no aya question, ó disputa sobre él: porque aviéndola, no puede ser convenido el asserto Deudor de el Deudor por los Acreedores, como lo rescribió el Emperador Gordiano. (11.)

Qual sea debito indubitable en el caso de esta Ley enseña el Señor Olea, (12.) y con la autoridad de Bartulo, Baldo, Trentasín, quio, Zurdo, Parladorio, Thoro, Antonio Fabro, Guyacio, Tondut, Hermosilla, y el Señor Salgado dice, que en el caso de esta Ley para que el Acreedor demande á el Deudor de su Deudor, es necesario, que este co-

(10.) *Rota apud D. Olea post tract. de cession. iur. decis. 24. n. 1. Notoria decoctio, quam omnes decisiones claram, tollit excusioneis uice necessitatem, ut notant Glossa, & D. D. in L. ultima ff. scierunt petatis.*

(11.) *In L. Si debitorum 2. C. quan. Filc. vel priv. ibi: Si debitorum non inficiantur q; quis obnoxios debitoribus. Fisci esse proponit: potest vidari, non esse iniquum, quod desiderat, ut ad solvitatem per officium Procuratoris compellantur. Nam si quaestio aliqua referatur: id concedi non oppertere, etiam ipsa perspicies.*

(12.) *D. Olea d. tit. 4. q. 4. n. 10. in hac: Tertio requiritur, quod debitoris debitor debitum fateatur, L. debitorum, vbi Bart. & Bal. Cod. quan. Fisci vel priv. L. à Divo Pio. 9. sed utrum ff. de re iudic. Trenta cinq. Surd. Parlador. Thoro, Ant. Fab. & Cui ac sup. quibus ad do Hermosill. in L. 52. tit. 5. part. 5. gloss 7. n. 50 Franc. Tondut. quest. & resolut. civil. cap. 56. n. 13 & 14. D. Salg. de Reg. project. 4 pars. cap. 8. an. 247. & de retentione Bullar. 2. part cap. 28 an. 1. Et habetur sic expreste dictum in d. L. à Divo Pio 15. ff. de re iudic. Ibis. Posse enim iure pignoris nomen capi. Imperator noster rescripsit. Sed utrum confessum nomen tantum capi possit, an etiam si neget quis se debere, videamus. Et magis: si, ut id dumtaxat capiatur, quod constitutur. Ceterum si negetur, equissimum erit discedi á nomine.*

(13.) Fol. 248. y siguiente I. Quad.

fiese el debito, como es sentencia de Ulpiano. Pues vamos á los Autos : (13.) Requerido D. Francisco de Aguirre con la declaracion de D. Juan Miguel, en que decia serle Deudor de 400 pesos, dixo, teoerselos pagados á Don Juan Miguel en cuenta de mas de 2000 pesos de vna Escriptura presentada en ellos, y de otras muchas Cantidadades, de que le era Dendor : y que assi debia compensarlos, que fue lo mismo, que decir, que los tenia pagados : y como no pueda ser, que vna credito esté pagado, y sea cierto; de ay es, q̄ los Acreedores vinieren demandando contra vñ nombre de vñ Deudor, no solo dudosos; si no contra vñ debito extinto: y assi no pudieron dirigir su accion contra él.

Confirma este discurso el, que en la precitada disposicion Civil solo la duda en el debito, (14.) vasta para excluir á el Acreedor de que pida contra el Deudor. Y aunque dirán los Acreedores, que el debito no tenía duda; pues D. Francisco con el mismo hecho de aver entrado en el Assiento, quedó obligado á los desembolsos; y de ay á los 400 pesos, y que el hacerlo incierto D. Francisco está de parte de él, que no lo quiere pagar; no de parte del debito, que es cierto, y constante, quanto lo es, que D. Francisco es Assentista, quien de su autoridad los ha retenido, y compensado. Tiene todo esto vna fuerte, e inevitable instancia.

Y para ello les permito por aora á los Acreedores, que no se induxo la compensacion *ipso jure*, luego que Don Francisco la opuso á D. Juan Miguel; pero no me podrán negar, que quando intentaron contra Don Francisco, ya D. Francisco antes de su pretencion tenía opuesta la compensacion á D. Juan Miguel: tampoco podrán negar, que ya se controvertia entre D. Juan, y D. Francisco la compensacion, quando los Acreedores ocurrieron, por ser hecho assi constante,

ing

20.
inegabile segun las fechas afeotadas en el hecho de este Informe. Y de esto resulta, que quando los Acreedores salieron demandando á D. Francisco, hallaron el debito disputable, direlo con la voz de la Ley, hallaron ya formada question sobre el debito : (15.) y esto vasta conforme á su expresa disposicion para que no pudiesen los Acreedores de D. Juan Miguel demandar contra D. Francisco de Aguirre, como Deudor de su Deudor.

Mas, explica la Glosa, que question será la, que sea remora para que el Acreedor no pida contra el Deudor de su Deudor : y dice, si Yo mal no la entiendo, que vasta, que aya question, ya sea justa, ó injusta; (16.) pues que será en el presente caso, en que la compensacion entre D. Juan Miguel, y D. Francisco de Aguirre sequestionava justamente, como lo tengo latamente provado en la precedente Conclusion. id aci no nos haces.

Y concluyo los fundamentos de esta con la disposicion de el Emperador Severo, que en esto no lo fue : (17.) porque introdujo la equidad, de que aunque aya hypotheca general expressa de todos los bienes, si la hubiere especial de algunos, sin pedir primero contra estos, y que conste no ser suficientes para la paga, no puede el Acreedor Hypothecario en virtud de la hypotheca general pedir contra los demás bienes, hasta hazer excusión en los especialmente obligados. De que infiero, que si aun teniendo el Acreedor expressa hypotheca general, no puede en su virtud pedir contra cualesquiera bienes de su Deudor sin excusión de los especialmente hypothecados : aqui, que no ay expressa hypotheca de los nombres de Deudores de D. Juan; sino interpretativa solo, y subentendida en la obligacion de bienes havidos, y por haver, quanto menos podrán los Acreedores de D. Juan Miguel venir contra el nombre de Deudor interpretativamente obligado,

L

dexan-

(15.) D. L. Si debitum, ibi: Nam si quistia aliqua refertur; id concedi non oppondere, etiam ipse perspicuit.

(16.) Glosa in d. L. Si debitum, verb. refertur, ibi: In his, vel non.

(17.) In L. 2. C. de pign. &c hypod. Quamvis constet specialiter quadam & universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, & aquile ius in omnibus habere: iurisdictio tamen temperanda est. Ideo que si certum est posse eum ex iis, que nominatum est pignori obligata sunt universum redigere debitum: ea, qua postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri praeceps provincia inhibebit.

(18) L. Creditoris 8. ff. distract. pign. ibi: Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis, quibus vellit distractis, ad suum commodum pervenire.

(19) Hodier. Controv. 40. n. 22. in hac textus enim in dicta lege Creditoris arbitrio multas habet limitaciones, quia arbitrium debitoris debet esse refrenatum, iuxta textum in L. 2. C. de pign. vbi. Imperator dicit, *jurisdictio temporanda est*, & sic arbitrium debere esse refrenatum, non indomitum, nec iniquum; sed boni viri arbitrio regulandum, & discretum, ut dicit Bartolus in L. Alio 13. ¶ sed si poneret ff. de alimon. & cibar. legas. Et n. 25. prosequitur, temperandum arbitrium, vbi creditor ageret contra tertium possessorum, si super bonis penes debitorem existentibus satisficeri posset, vel agere super aliquo corpore:

dexando salvo, è indemne à su especialmente obligado D. Juan. Y si mido esto se obligado. Por esto aunque las Leyes conceden arbitrio a el Acreedor para que de los bienes, que lo están obligados, pida contra los, que quisiere. (18.) Advierte Hodierna, con Bartulo, que este arbitrio ha de ser refrenado; no indomito, ó iniquo; sino regulado: (19.) especialmente, quando intentare contra tercero poseedor, pudiendo ser satisfecho de los bienes de el Deudor: que entonces será iniquidad executarlo así. Y esto es lo que pretenden los Acreedores de D. Juan, dexando lo indemne contra los expresos Derechos asentados, insultar á D. Francisco de Aguirre, sin estar su nombre expressamente obligado, ni poderlo estar á la satisfaccion de sus creditos: que aunque lo estuviera, no pudiera ser inquietado, sia previa excusión en los bienes de D. Juan,

que es la Conclusion.



TERCERA CONCLUSION.

AUN QUANDO EL DEBITO de los 400. pesos, no estuviese compensado; sino existente, y aun quando los Acreedores de D. Juan Miguel pudiesen sin previa excusión en sus bienes demandar á Don Francisco de Aguirre, como Deudor de D. Juan: y así pudiesen concursar sobre este debito, que todo lo niego, y solo lo permito. Todavia D. Francisco deve ser preferido á todos los Acreedores, que concurren en la paga de su credito constante, y escripturado: por ser estos 400. pesos, causados de aver obtenido D. Juan Miguel de Vértiz, el Asist. Real de la Polvora, cuya consecución fue con los Caudales de D. Francisco de Aguirre; y así le compence el privilegio de Acreedor refactor.

Conociéndose por los Acreedores lo relevante de este privilegio, han tirado con el mayor esfuerzo á fundar, que no se consiguió el Asist. con los Caudales de D. Francisco de Aguirre. Este es punto de hecho, que aun sin necesitarlo á mayor abundamiento provò plenissimamente Don Francisco; y aunque por el Consulado se intenta debilitar la prueba, ya tachando los Testigos de Don Francisco, y ya esforzado la deshonorable de D. Juan Miguel. Como quiera, que á la vista de este negocio sea de hazer relación de los Autos, y aunque Yo me fatigue en ponderar la relevante prueba de D. Francisco, para que seria necesario transcribir todos los Autos, y despues de todo se ha de sujetar su estimacion al Superior arbitrio de V. Exa. y los Señores Auditor de Guerra, y su Asociado. Por no hacer prolixo este Informe, refiriendome todo á el Alegato de bien provado, estudiosa-