

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

(19) Hodier. Controv. 40. n. 22. in hac textus enim in dicta lege Creditoris arbitrio multas habet limitationes, quia arbitrium debitoris debet esse refrenatum, iuxta textum in L. 2. C. de pign. vbi. Imperator dicit, iurisdictio temperanda est, & sic arbitrium debere esse refrenatum, non indomitum, nec iniquum; sed boni viri arbitrio regulandum, & discretum, ut dicit Bartolus in L. Alia 13. §. sed si poneret de alimon. & sicut legas. Et n. 25. prosequitur, temperandum arbitrium, vbi creditor ageret contra tertium possessorem, si super bonis penes debitorem existentibus satisfieri posset, vel agere super aliquo corpore.

dexando salvo, è indenne à su especialmente obligado D. Juan.

Por esso aunque las Leyes conceden arbitrio a el Acreedor para que de los bienes, que le 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 possedor, pudiendo ser satisfecho de los bienes de el Deudor: que entonces será iniquidad ejecutarlo assi. Y esto es lo que pretenden los Acreedores de D. Juan, dexandolo indenne contra los expressos Derechos assentados, insultar à D. Francisco de Aguirre, sin estar su nombre expressamente obligado, ni poderlo estar à la satisfaccion de sus creditos: que aunque lo estaviera, no pudiera ser inquietado, sin previa excussion en los bienes de D. Juan, que es la Conclusion.



TERCERA CONCLUSION.

AUN QUANDO EL DEBITO de los 40y. pesos, no estuviesse compenlado; sino existente, y aun quando los Acreedores de D. Juan Miguel pudiesse sin previa excussion en sus bienes demandar à Don Francisco de Aguirre, como Dendor de D. Juan: y assi pudiesse concurrir sobre este debito, que todo lo niego, y solo lo permito. Todavia D. Francisco deve ser preferido à todos los Acreedores, que concurren en la paga de su credito constante, y escripturado: por ser estos 40y. pesos, causados de aver obtenido D. Juan Miguel de Vertiz, el Assiento Real de la Polvora, cuya consecucion fue con los Caudales de D. Francisco de Aguirre; y assi le compencé el privilegio de Acreedor refector.

Conociendose por los Acreedores lo relevante de este privilegio, han tirado con el mayor esfuerço à fundar, que no se configió el Assieto con los Caudales de D. Francisco de Aguirre. Este es punto de hecho, que aun sin necessitarlo à 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 esforçado la delectable de D. Juan Miguel. Como quiera, que à la vista de este negocio sea de hazer relacion de los Autos, y aunque Yo me fatigue en ponderar la relevante prueba de D. Francisco, para que seria necessario 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 hazer prolixo este Informe, refiriendome todo à el Alegato de bien provado, estudianto

(4.) L. 29. tit. 17. part. 5. in hac: E otro alguno emprestase dineros despues para pagar aquel logero, o lo que costase el acarrear de las cosas, dici- mos, que este, que prestó los dineros á postremas por alguna de estas cosas sobre dichas, este debe ser pagado prime- ramente, que el primero. E las cosas, que diximos en esta Ley, è en las otras dos, que diximos ante de ella, que deben pa- gar el debdo, que es fecho á postremas ante, que el primero, ensiendose, que ha logar contra todas las personas. Para sende, en debdo, que fuisse de acite, o de Arras de muger, o en debdo antiguo, que oviese á dar á la Camara del Rey. E en estas dos cosas, en antes se paga- ria al primero debdo, de estas personas, que el segundo.

(5.) D. Greg. in d. L. 29. Glossa 4. Ibi: Ex hoc nota, quod si is, qui credi- dit in refectorem domus, vel Navis esset tempore anterior, quam mulier, vel Fiscus, quod praefertur mulieri, vel Fisco.

(6.) Foxis 122. de el 1. Quaderno.

(7.) Que corren desde foxas 280. hasta 330. de dicho 1. Quad.

(8.) Ex L. 1. d. ff. in quib. caus. pign. vel hypot. tacite contrah. L. Si filius. 78. ff. de V. O.

Drus. Olea de cen. un. tit. 6. q. 8. n. 11. et 12. in quinq.

(9.) Consta á foxas 288. de dicho 1. Quaderno.

(10.) Consta á foxas 5. del 1. Quad.

de el Reyno, [4.] sin atencion alguna á los privilegios; y assi la entiende el Señor Grego- rio Lopez, (5.) quien dice, que si constare, que la obligacion de el Acreedor Refactor es mas antigua, que la de el Fisco, ó Dote, deberá preferirlos sin controversia á entram- bos.

Pero por esta parte, parece, q̄ descaesse la prelación pretendida por D. Francisco: por- que su Escritura es de primero de Diciem- bre de el año de diez, como de ella parece; (6.) y el Consulado repite Alcavalas debidas por Don Juan Miguel desde el año de siete, hasta el de doze, como consta de cincuenta hijuelas presentadas: [7.] conque parece su credito sobre privilegiado mas antiguo.

Assi parece; pero no es assi: porque aun- que la Escritura se otorgó á primero de Di- ciembre de el año de diez, en ella se refiere aver causado la obligacion entre otras cosas los suplementos para la consecucion de el As- siento de la Polvora: conque desde alli viene la antigüedad de el credito de D. Francisco: porque en los contratos se mira el tiempo de ellos; y en los mismos suplementos se con- traxo la hypotheca legal, (8.) y no la Escríptura, que no es otra cosa, que una confes- sion de los suplementos recibidos; y assi debe re- trotraerse á aquel tiempo; pues no es la Es- criptura la, que dió el privilegio; sino la confes- sion de los prestamos para el Assiento.

Y esto supuesto vamos á los Autos. La mas antigua de las hijuelas, que presenta el Consulado es de diez y nueve de Agosto de 717. (9.) á este tiempo ya estava consigui- do el Assiento de la Polvora por D. Juan Mi- guel, como parece de la Real Cedula, de su concession, (10.) expedida á veinte y siete de Marzo de dicho año de siete, y está confes- sado; y provado con instrumentos, y Testigos, que esta consecucion fue con los Caudales de D. Francisco de Aguirre: luego antes que D.

23.
D. Juan contraheffe credito Fiscal con el Co- sulado, lo tenia con traydo de refaccion con D. Francisco de Aguirre: y assi el credito de este es mas antiguo, y debe preferir á el Con- sulado.

Mayormente, que en los años de nueve, y diez, consta en las mismas hijuelas presen- tadas por el Consulado, aver con traydo en las diferentes partidas, que en ellas se expre- san 58365. de debito de Alcavalas, siendo en ellos actual Consul. Acavó este Oficio, y ne- cessariamente daría cuenta de la administra- cion de las Alcavalas de su cargo en aquel bienio; y pues dada la cuenta no se le cobró por el Consulado, es presumpcion de el De- recho, el que remitió esta deuda, (11.) pues pudo compensarla en sus mismos salarios, y no lo hizo. Y es cosa dura, que la taciturni- dad de el Consulado, ó galanteria, que quiso hazer á su Consul, pagandole sin cobrar, quiera convertir oy en daño de D. Francisco de Aguirre.

Fuera de esto en las hijuelas presentadas ay algunas, que son de los años de onze, y do- ze, y su importancia es la de 11924. pesos; y estas aunque se quiera contar el credito de Aguirre desde la Escritura, siépre eran pos- teriores; y assi sobre igualdad de privilegio, nunca podia su monta ser graduada primero, que el credito de D. Francisco. Por vitimo el Consulado viene repitién- do Alcavalas debidas desde el año de siete, hasta el año de doze, por Escritura presenta- do á treze de Diciembre de el año de treze, quando ya tiene prescripto el derecho de exi- gir Alcavalas, y consiguientemente no las puede pedir: porque por expresa Ley de el Reyno (12.) está prevenido, que el Arrenda- dor de Alcavalas, como lo es el Consulado, de las mercaderias, ó cosas muebles, que se vendieren, las puedan pedir en todo el año de su arrendamiento, y dos meses despues. Y

(11.) L. 26. ff. de probat. Proculdum magna quantitas fideicommissum á fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegarent, numquam id á fratre, quando vi- xisset, desideratum, cum varijs ex causis sibi sape in rationem fratris ratio Proculdum solvisset. Divus Commodus cum super eo negotio cognoceret, non admissis compensacionem, quasi tacite fidei commissum fratri fuisse remissum.

(12.) L. 19. tit. 17. lib. 9. Recop. Cast. ad quam Gutier. de Cabal. q. 119. sequent.