

114

B

23

Pag. I!

**IN PROCESSV**  
**DOCTORIS IOSEPHI AB**  
**EXEA, ET DESCARTIN, MAGISTRI**  
**SCHOLARVM IN SANCTA ECCLESIA**  
**METROPOLITANA CIVITATIS**  
**CÆSARAVGVSTÆ.**

**SVPER DEPOSITO!**

**D**ON Iosef de Exea,  
 y Descartin pre-  
 tende en este pro-  
 cesso, que se obli-  
 gue a la Santa Iglesia Cate-  
 dral de Huesca, a la celsion  
 de vn censo, que los Señores,  
 y Lugar de Arasques carga-  
 ron en 10. de Octubre del  
 año 1605. con motivo, de que  
 es acrehedor segundo, è hy-  
 pòtecario de dicha Domini-  
 catura, y Concejo, segun re-  
 sulta de processo, y que ha  
 depositado la propiedad, pen-  
 siones, y prorrata de dicho cé-  
 so, consintiendo se le entre-  
 guen a la Santa Iglesia, en ca-  
 so justificare (como supone)  
 que le pertenece, y cedere  
 sus derechos; y aunque esta

pretensió ha parecido nueva,  
 se manifestará ser muy ajus-  
 tada al drecho, y toda equi-  
 dad, y que nuestros Fueros la  
 favorecen.

Sabido es, que el acrehe-  
 dor segundo hypòtecario,  
 tiene drecho de ofrecer al  
 primero todo lo que se le  
 deve, y que en fuerza de esta  
 oblacion, le necessitará a ce-  
 der todas las acciones, como  
 se deduce de las leyes 1. C.  
*qui pot. in pign. l. 1. y 2. C. si an-  
 tiq. cred. l. 46. tit. 13. part. 5.* y  
 con estas, y otras leyes lo ad-  
 vierten los DD. bastará Don  
 Alonso de Olea por muchos,  
*tit. 3. q. 1. num. 25. de cessione  
 iurium. Superest. (dize) de de-  
 bitoris creditore. agere solent*

A enim

*enim posteriores creditores prioribus creditum offerre ve in eorum iura succedant quo casu dubitatur, an eis iura necessario cedenda sint in quo articulo extra aleam omnem est quod si hypothecarius creditor offerat precis se et iura cedenda sint. l. 1. C. 2. C. si antiquior cred. Bal. in l. nul. C. de soluc. Bart. in l. Aristo. q. 2. ff. quæ res pignori. Negusant. di. et. p. 5. num. 10. Gratian. decis. 215. num. 9. & d. discept. 686. n. 8. Scacia, Carrario, & alijs relatis, Amato di. et. resolut. 37. num. 15. ex alijs, Hermosilla d. glos. 4. num. 46. vers. Amplius primo, Arias de Mesa, qui ex citatis nullum reculit, lib. 1. variar. di. et. resolut. 26. à num. 23. Merlinus de pignorib. lib. 4. quaest. 48. num. 5. qui non ita exornat.*

Supuesta esta regla, resta inquirir, si el acrehedor de vn censo depositandole el segundo la propiedad, y pensiones, està, ò no obligado a ceder el drecho del censal, de modo, que el acrehedor segundo pueda en adelante cobrar las pensiones. Esta question, que es la que se cõtrovierte en processo, dispu-

tan muchos, y si bié por vna, y otra parte discurren, y traé diversos fundamentos; pero es opinion comun, y recibida, que el acrehedor censuario no satisface, extinguiendo el censo, y passando solamente las acciones para cobrar la fuerte principal, y rentos vencidos, sino que deve ceder el drecho del censal que le pertenece; pruevalo todo el mismo Don Alonso de Olea al principio de la question 2. di. et. tit. 5. con estas palabras: *Circa quod illud primum video apud interpretes controversi, an creditor census fideiussori correo, 3. possessori, & posteriori creditori sortem cum redditibus offerentibus teneatur ius census vivi cedere ve ipsi possint in posterum à debitore; vel confideiussoribus correis, vel compossessoribus redditus exigere, in quo dubio licet affirmativam, & negativam sententiam diversa fundamenta fulciant, tamen communis, & recepta est opinio creditorem non satisfacere censum redimendo, & prestando actiones suas pro sorte, & redditibus census mori. sed tenei ius ipsius census transfer-*

re pro qua sent. facit, l. fideiussor. 17. l. cum quis 36. ff. de fideiussor. l. fideiussor. ff. de dist. pig. l. Paulus. ff. de fideius. sequitur post longam disput. Felicianus de censib. tom. 1. lib. 3. cap. 2. à num. 17. Rodrig. de redicib. lib. 2. quest. 17 per tot. Cenc. de censib. q. 71. à num. 1. Duar. ad Bull. S. 5. q. 23. nu. 35. & 38. Anton. Amaro qui loquitur in posteriore creditore, tom. 1. resol. 7. nu. 15. & in tertio possessore, Ciurb. decis. 87. nu. 21. Adde Salgadum in labyrintho, par. 3. cap. 8. num. 53. & D. Ferdinandum Arias de Mesa lib. 1. var. cap. 10. num. 13. & cap. 15.

Esto procede mas llanamente en nuestro caso, por averse hecho el deposito de la suerte principal, y pensiones del censo con expressa condició de que se cediessen los derechos, pues conforma mas con la censura, y prevención de los DD. que aconsejan al fideiussor, correo acrehedor segundo, y otros que pueden pedir cesion de acciones que no paguen sencillamente, porque no se entienda quieren extinguir el censo, y así perder las pen-

siones venideras. Advertit idé Olea, ex Feliciano, Duar. do. Cencio, & alijs dict. tit. 5. quest. 2. num. 2.

Esta cesion se ha platicado en el Reino, como se puede ver en las decisiones 163 & 386. del señor Reg. Sesse, donde disputa la question de si el deudor la puede pedir, y señaladamente en la decisíon 403. nu. 2. hasta el 7. donde funda el drecho de oblaçion que pertenece al acrehedor segundo, advirtiendole que en fuerza della se subroga en el lugar, y derechos del primero, y que si dilata hazer la cesion, depositándole su credito, que el suez le podrá compeler. Vltimamente refiere averse juzgado así en la Corte in processu Martini Lopez super apprehensione.

Tambié se puede discurrir en buena practica, suponiendo tres cosas. La primera, que no ay Fuero que prohiba la cesion. La segunda, que esta fundada en la grande equidad que el Jurisconsulto Paulo nos dexó advertida en la l. 2. S. 5. ff. de aqua pluvia arcenda, allí Quamquam tamen deficiat aqua pluvia

sup

ar-

*arcendæ actio atramen opinor  
 vilem actionem, vel interd-  
 ctum mihi competere aduersus  
 vicinum si velim aggerẽ resti-  
 tuere in agro eius qui factus  
 quidem mihi prodesse potest ip-  
 si verò nihil nociturus est; hæc  
 æquitas suggerit, & si iure de-  
 ficiamur, juntando las de la  
 ley 38. ff. de evictionibus: habet  
 autem contrariam pignorati-  
 tiam actionem, & magis est ut  
 præstet cui enim non equum vi-  
 debitur, vel hoc saltem conse-  
 qui emptorem quod sine dis-  
 pendio creditoris futurum est.*  
 Observanlo con otros Carro-  
 cio de iur. offerendi 2. part. q.  
 11. Don Ferdinand. Arias cap.  
 16. num. 28. Regens Sesse di-  
 cta decis. 403. num. 7. & 8.  
 Olea dict. tit. 5. q. 1. num. 3. La  
 tercera, que en falta de nue-  
 tros Fueros, dixo el Señor  
 Rey Don Iayme, que se re-  
 corriessse ad æquitatem natu-  
 ralem; de donde han nacido,  
 que in discordia iuris civilis,  
 & Canonici potius recurritur  
 ad ius Canonicum, quam  
 ad ius civile, etiam in Foro  
 Sæculati, quia ius Canonicum  
 maiori nititur æquitate, Be-  
 lug. in specul. princ. rub. 11. §.  
 his igitur. num. 4. Menchac. de

*success. creat. lib. 1. §. 10. n. 649.  
 Acebedo ad l. 2. tit. 1. lib. 2. no-  
 va recopil. à num. 18.*

De que se figue, que pues  
 en falta de los Fueros se má-  
 da que recorramos a la equi-  
 dad natural, y no ay equidad  
 mayor, q̄ la de la regla quod  
 tibi non nocet, & mihi pro-  
 dest, ningunas conclusiones  
 de drecho estaràn mas reci-  
 bidas en nuèstro Reino, que  
 las que estã fundadas en ella:  
 exemplo es biẽ propio, pues  
 aunque por drecho civil ve-  
 rius sit quod dominus agri  
 possit collectis fructibus, &  
 frugibus prohibere concives  
 ne propria animalia in suos  
 agros imitant ad pascen-  
 dum herbam illie sua sponte  
 nascentem, como declara la  
 tamẽte Covarr. *pract. quast.*  
*cap. 37. num. 3.* pero porque la  
 opinion negativa esta funda-  
 da en esta equidad de la l. 2.  
 §. 5. ff. de aqua pluvia arcen-  
 da, la tenemos fẽeibida en el  
 Reino exceptis locis iniquis,  
 como lo dize la Observan-  
 cia 4. de pascuis in bñq. no bono q.  
 10. N. así esta pretension no  
 tiene la estrañeza que en cõ-  
 trario se discurre; pues como  
 llevamos dicho, la celsiõ  
 que

que el acreedor segundo pide al primero, pagandole la deuda, funda en toda equidad, y justicia, y nuestras Leyes la favorecen, y se halla recibida, y platicada en el Reino.

Ni embarazan las ponderaciones contrarias. La primera, que si bien el derecho comun concede al acreedor segundo, que paga al primero la subrogacion en sus derechos, pero que no procede en el acreedor censuario respecto de la propiedad, sino de las pensiones, por no ser acreedor de la propiedad, pues el Censalista es el obligado a favor del deudor para en caso de valerse de la carta de gracia. Este argumento discurre Gaspar Rodriguez, que trata largamente de la materia de cesion, en la *quest. 16. num. 16. & 20. de an. redd.*

Sin embargo el mismo Autor en los *num. 29. y 30.* dice, que considerado el natural, y comun sentido, el acreedor censuario no lo es solamente de las pensiones, sino tambien de la fuerte principal, aunque condicionalmente;

esta saber, si el deudor no quiere continuar la solucion de las pensiones, sino librase della, y que no obsta, que esta condicion penda de la voluntad del deudor, y asi, que impedira la obligacion aun condicional, segun la *l. stipulatio de verbor. obligat.* porque esto ha lugar, poniendose la condicion en la misma voluntad del deudor, pero no quando esta no es libre, sino en algun caso.

Esta doctrina de Rodriguez vemos aprobada cada dia en el Reino, mandando todos los Tribunales pagar, no solo las pensiones de los censos, sino tambien las propiedades en el caso de luycion, conforme los acreedores piden regularmente, quando instan la cobrança de sus censos; y despreciando este argumento, concluye el mismo Rodriguez *num. 31. Rationes autem in contrarium adducte sunt nimia subtilitates, quae realitatem vulnerant, ut inquit Baldus in rub. de potest. praelat. imò equitatem, merito à iudicibus admitti. nō debent, l. sicut, S. si debitori quibus modis pignus, vel hypoteca.*

Oponense tambien dos razones que el mismo Autor trae en el *num. 6.* de dicha *q. 16.* para negar la cesion de acciones al estraño. La primera es, que si esto se le concediesse, podria obligar al primer acrehedor a vender cōtra su volūdad, *quod est iniuriosum. l. nec emere. C. de iure deliberandi. l. quod nostrum de regulis iuris.* La segunda es, que tambien podria redundar en perjuizio de los deudores, *quorum interest inscios non mutare creditores quos nonnunquam habent propisios.* Pero estas razones se acomodarian a la cesion que pide el estraño, que trata de adquirir, y no de evitar algun perjuizio; y assi no le asiste el motivo de equidad, que ha introducido la cesion, como queda dicho; pero el acrehedor segūdo interessa en ella, porque mejora, y confirma su hipoteca posterior, *l. quare batur. ff. qui potiores in pignore. l. prima. & l. prior 5. C. eodē titulo,* y assi pagando al acrehedor primero, sin daño de aquel, ha parecido justo compelerle a la translaciō de sus derechos, y acciones, prevale-

ciendo; y con mucha razon, a la regla, *quod nemo inuitus,* la mayor equidad de la *l. 2. §. 5.* assi vemos muchas limitaciones del derecho comū recibidas en el Reyno, y sin Fuero que lo disponga, sic, in his qua pertinent ad victū & vestitum hominum cogitur quis rem propriam vendere cum rem ipsam venale exposuerit publicē, etiam cessante eius rei inopia, & etia si non exposuerit venalem quoties Respublica grabatur annonæ inopia, vt plene tradunt DD. in *cap. 1. de empione, & vendit. & in l. 1. C. de Episcopali audientia,* Covarr. *3. variar. cap. 14. num. 1. & 3.* Et iterum, quis vendere omnino compellitur proprium agrum domumve favore Religionis, cum ea sit necessaria ad constructionem, vel edificationem alicuius Monasterij segun el dicho de Baldo, in *l. 1. C. de cōmuni ser. manumisso,* & idem vbicumque res alicuius fuerit necessaria ad publicam utilitatem, vt plene docet Covarr. *vbi supra num. 7.* Y assi cō acuerdo de muchos Abogados se ha practicado, y obtenido, a favor de los Mo-

nafterios de las Virgenes, Carmelitas Descalzos, y otros. El segundo motivo que trae Rodriguez, para negar la cesion al extraño, demas que no se pondera por el; ni por otro contra el acrehedor segundo, es de muy poco momento; porque si bien el acrehedor no se puede obligar a que varie de deudor, *l. debitor. 25. C. de pact. l. licet. C. fam. her. ciscun.* pero el deudor se puede compeler a que mude de acrehedor. *l. 3. C. de heredit. v. dicit.* por la razon de diferencia que traen Doncló *lib. 15. comentar. cap. 43.* Gaspar Squifordeg. *lib. 3. For. tract. 23. q. 19.* Anton. Faber. *in C. lib. 8. tit. 9. de definitione 4.* Vltimamente en este caso los Señores, y Lugar de Arasques obligados en el censo, no impugnan la cesion; sino la Santa Iglesia de Huesca, como acrehedor primero dellos; y assi menos puede embarazar el fundamento de la variacion de acrehedor.

Dizefe también, que el derecho de la carta de gracia, directamente toca al deudor, y no se transfiere en los acrehedores; porque ni les transpa-

sa el dominio de sus bienes, ni les haze cesion de sus derechos; y assi, que es preciso inferir, que el acrehedor segundo no puede valerfe del pacto de retrovendendo, y con seguir la cesion.

Però esta instancia tiene fácil respuesta; porque no se pide la cesion de acciones en virtud del derecho de redimir, que el deudor se referiva en el contrato censuario; sino del que compete al acrehedor segundo, en fuerza de la hypotheca, y probat Rodriguez, *dict. lib. 2. quaest. 17. num. 6. ibi. Secundo probatur, quia iste Sempronius, vel qui vis posterior creditor qui vult cogere Caium, vel alium priorem creditorem reddituale sorte cum reliquis oblata ut sibi iura, vel actiones cedat, vel vendat, non potest hoc facere nisi ratione, & vi hypotheca, quam habet in bonis debitoris, qua priori creditori pro credito, vel redditu suo prius hypothecata sunt. patet in l. cum posterior, de districtione pignorum, alias hypothecam non habenti, non datur hoc ius offerendi, & cesionem petendi. l. nul. C. de solutionibus, etiam si sit creditor chirographarius. l. cum*

*ibi, C. qui potiores in pignora habentur, & sic istud in offerendi, & cessionem petendice sibi quadam vis, & effectus, & veluti fructus pignoris, vel hypotheca. Y este derecho es muy diferente, y aun contrario al pacto de retrovendendo; por que valiendose el acrehedor de el, necessariamente ha de extinguir el censo, y usando de la oblacion le pretende no servar; porque a la verdad la cesion de acciones, no es otra cosa, que una vendicion necessaria, Rodriguez d. cap. 17. l. nu. 16. con estas palabras: *De qua hac materia, nondum extra, & discussa semel plenè liqueat, & omnes leges farraginis huius penitus explicentur, notandum quod in iure non refert creditorem vendere, vel cedere iura sua, sed hoc pro eodem accipiuntur, & verè idem sunt, quia qui accepto quod sibi debetur cedit in suum, verè illud iusto, & toto precio vendit, merito iura promiscue cessionis, & vendicionis verbo videntur, t. cu his, l. fideiuss. de negotijs, &c.**

Profigue diciendo, que la facultad de luyr està en arbitrio del deudor, y que no es derecho formado, ni compete

hasta que realmente pague, u deposita; y assi no puede transferirse en los acrehedores, antes de tener efecto; cumplida la condicion; y que por esta razon el derecho de comissar no passa a los acrehedores; y asimesmo el deudor puede repudiar los legados, y herencias que no ha admitido, y aceptado.

Però esto tiene la misma satisfacion; porque el acrehedor segund no se vale del derecho de la carta de gracia, para obtener la cesion; sino del que le conceden las leyes, para confirman su hypothecas y assi no se acomodan las ponderaciones referidas.

Añade con Gail, que no compete el derecho de ofrecer despues de la sentencia, que adjudica al acrehedor primero el dominio, o possession de los bienes hypothecados; y que esta limitacion se aplica, porque los censos son avidos en el Reyno por sentenciados.

Però esta opinion de Gail no embaraza por muchas razones. Lo vno, porque no procede tan generalmente pues el derecho de oblacion, que per



tenece a los acrehedores segundos, les queda salvo adjudicando los bienes obligados al acrehedor primero, sin ciencia de los segundos; porque no consiente el que ignora; y así no puede perder ningún derecho, como observa Don Fernando Arias *cap. 8.* con Salizeto, Thesauro, Faquino, Ant. Fabro, y otros; Y consiguientemente la sentencia privilegiada de los censos obrará solo respecto del obligado, pero no del acrehedor segundo, que ignora la deuda, pues no ha intervenido en el contrato. Lo otro, que esta sentencia es retractable; porque no se obtiene citando al deudor, como regularmente sucede, sino al procurador del contrato, que llamamos inmortal, a quien los obligados constituyen para confesar la deuda en las escrituras privilegiadas, y guarentigias, por antigua práctica, y ley del Reyno, facilitando así, como en causa juzgada, la ejecución del contrato, por esta causa puede el deudor oponer la excepción de paga, y otras que le competieren después de esta sentencia, como pudie-

ra contra el mismo instrumento, según todo esto se discurre larga, y curiosamente en un memorial que se escribió por el Ilustre Señor Regente Don Luys Exea, y Talayero, *in processu Eminentissimi M. M. & Fratris Enrici de Roca full, super iuris firma grabam. fiendor.* siendo pues esta sentencia retractable, aun respecto del obligado, como ganada con pruebas irregulares, mucho menos debe obrar en perjuicio de tercero. Finalmente, el acrehedor censuario no consigue ningún derecho de dominio ni posesión sobre los bienes de su deudor, en virtud de esta sentencia, sino la mayor facilidad de cobrar las pensiones, como se ha dicho; y así no se puede aplicar la doctrina de Gail, que habla en caso que el acrehedor segundo pretende la cesión, después de la sentencia que ha adjudicado al primero el dominio, o posesión de los bienes, con ciencia, y citación de los acrehedores segundos, pudiendo preferirse en este caso, o porque debe ser mejor la causa del que posee, *ex regula legis quæ ra-*

cion 9. S. *sed non ut in littore*, ff. de acquirendo rerum dominio, o porque se juzga extinto el credito del acrehedor primero, con la adquisicion del dominio; y así que no conserva ningunas acciones hipotecarias que pueda ceder al segundo que pretende la subingresion en sus derechos, l. *debitor* 40. ff. de pignoratitia actione, o lo q̄ es mas cierto, ne res semper in suspensio sit nullus que finis imponatur, l. *si finita* 15. S. *postea quam*, ff. de damno infecto.

Pondera mas la parte, que la cesion funda en equidad, y así no procede en caso q̄ se figa daño al acrehedor primero, y que le tiene muy gr̄a de en que le obliguen los segundos a tomar la propiedad, y cederle su censo; porque en el entretanto que no buelva a cargar, pierde la p̄sion, y puede suceder, que en mucho tiempo no halle comodidad de fundallo.

Pero se responde. Lo primero, que el acrehedor no puede excusarse de la paga con ningun pretexto, porque solo interesa en que se le pague, y que por esto se le pue-

de satisfacer sin su voluntad y como no se infiera perjuizio de la subrogaci6n de acrehedor segúdo en sus derechos, no se atiende a su consentimiento, o repugnancia. Confirmalo todo Don Fernando Arias, cap. 2. nu. 5. alli: *Neque video quo prætexitu, aut colore possit creditor oblatam sibi à debitore pecuniam recusare, cū ipse tantum possit desiderare ut pecunia debita sibi solvatur.* Mandel. cons. 215. num. 4. lib. 2. *qua ei invito solvi potest.* l. *quidam* 21. ff. de reb. creditis, l. *si debitor* 30. ff. de solutionibus, & *cum ex hac subrogatione nullum inferatur præiudicium antiquiori creditori, eius consensus, aut reclamatio atendi non debet.* l. *de vno quoque* 47. ff. de re iudicata. Franc. decis. 93. num. 3. *conducunt tradita à Crabeta*, cons. 706. à num. 12. lib. 4. Y vn poco mas abaxo: *Qua sententia eo maxime confirmatur, quia in dicta lege, si prior* 13. *aliàs l. cred.* 12. S. *à Tirio*, ff. *qui potiores in pignore*, & *in dicta l. 3. C. de his qui in priorum*, & *in l. 34. tit. 13. partit. 5. scientia aut consensus ex parte creditoris ad inducendam legalem actionum trans-*

*translationem minime exigitur, & cum ex ea nullum præiudicium ei inferatur improbe faceret, si vellet eam impedire, l. 2. §. Item Varus, ff. de aqua pluvia, & malitijs hominum indulgendum non est, l. in fundo 38. ff. de reivindicacione, imò potius semper id amplecti debet quod omnibus vile, neutri verò onerosum futurum est, l. 1. ff. de si quis cautionibus, l. si cum sticus 29. ff. de solut. Baldus cons. 343. nu. 1. lib. 1. Surd. decif. 257. num. 5.*

Lo segundo, que el Cabil-do padecería el mismo daño, si Don Iosef de Exca no pretendiese la cesion del censo, sino extincion del, a que no se podria resistir, pues aun el estraño se admite a pagar por el deudor, y a desobligarlo contra la voluntad del acrehedor censuario, como sienten muchos, videndus Mesa *cap. 16. nu. 10.* post Rodrig. *dict. cap. 16. à num. 6.*

Es tambien de grande consideracion, que los DD. no hazen memoria de este argumento, tratando del punto tan diligentemente, antes suponen seguirse vtilidad al acrehedor primero, como

queda fundado con Mesa, y lo reconoce mas en el *cap. 11 num. 2.* ibi: *Tamen quoniam creditoris interest debitum suum consequi, & alijs creditoribus nulla irrogatur iniuria, vt supra dict. cap. 2. num. 2. tradidimus neque ulterius debitor aliquod damnum patiatur cum etiam invitus alium creditorem accipere compellatur, l. 3. C. de hereditate, vel actione ex eleganti discriminis ratione, quam considerant Donellus lib. 15. comment. cap. 43. & Antonius Faber in suo C. lib. 8. tit. 9. def. 4. Ideo merito receptum est solventem creditori eius loco substitui, &c.* Añadese, que mayor beneficio que daño puede resultar de la luycion de los censos que están cargados sobre Lugar de Señorío temporal como este, porque se puede mejorar de hipoteca fundandolo en Lugar Real, ò de Iglesia, quando no se halle mas beneficio del dinero, por tener mayor estimacion en este tiempo, ò por socorrerse para otra conveniencia, y no deverse estimar semejantes accidentes, y así no puede embarazar el perjuizio que considera la otra

parte de la cesion, antes se deve desestimarse por omitido de los DD. y por leve, y accidental.

Opone mas dos inconvenientes. El primero, que el acrehedor censuario, y anterior, siendo su hypoteca la mejor, seria de peor condicion que el segundo, pues el primero aunque depositasse al segundo, no le puede obligar a ceder, siguiendose de esto vna grande desigualdad. El otro, que dando lugar a que el segundo obligue a ceder al primero, podria acaecer vna grande confusion de dominios; pues el segundo quitaria el censo al primero, y al segundo el tercero, y a otros, hasta llegar a vna mano todos los censales, quitando los anteriores a Iglesias, Monasterios, y otros puestos pios que tienen sus rentas en estos efectos.

Pero cessaràn los reparos que se discurren, considerando, que el acrehedor primero puede evitar la cesion de acciones si quisiere, pagando al segundo la deuda, si se halla en possession de la prenda, y en algunos otros casos

que traen Rebufo, Afflicti, el señor Reg. Leon, Mariscoto, y otros referidos, y seguidos por Dō Fernando Arias, *cap. 15. num. 7. & 11.* y asì no es cierta la doctrina que tan absolutamente se assienta por la otra parte, de que procediendo la cesion el acrehedor primero, vendria a ser de peor condicion que el segundo. Demas, que esta mejorìa de drecho, respeta unicamente a la anterioridad en la cobrança, que no quita el acrehedor segundo al primero pidiendo la cesion, antes la reconoce, pues le paga la deuda.

El otro inconveniente es muy difìcil que suceda, porque han de concurrir en el vltimo acrehedor la voluntad, y disposicion para comprar muchos censos por via de cesion, que son dos circunstancias bien extraordinarias, asì por lo que se dize en la *l. 10. ff. de fideiuss. Nec enim facilis est nominis emptio cum numeratio totius debiti non sit in expedito*: como tambien por el peligro a q̄ se exponen los acrehedores pidiendo la cesion, pues en senten-

cia

cia de Vinc. de Franc. *decif.* 427. aprobado al parecer por el señor Regente Sesse *decif.* 403. y Don Fernando Arias *cap.* 16. satisface el acrehedor primero con ceder las acciones quales apud eum reperiuntur. Demas, que el acrehedor vltimo no haze injuria a ninguno, valiendose del beneficio, y drecho que le conceden las Leyes. *l. 3. S. is rane;* ff. de libero homine. *l. iniuriarum,* S. 1. ff. de injurijs.

Repitese, que el drecho del pacto de retrovendendo, no passa a los acrehedores sin cesion; y assi, que en tanto que el deudor no haga cesion del drecho de luyr, no puede competet a su acrehedor; y que aun supuesta esta cesion, segun se practica en Napoles, se ofrece muy grande duda si el cesionario valiendose de la luycion cedida, extinguira el censo, o podra conseguir translacion del; y que Carlevalio defiende, que el cesionario no puede suceder en el drecho del Censalista, porque con la luycion se extinguen todos los derechos del primer censo, infiriendo, que sino ay cesion,

menos procederà que pueda el acrehedor, pagando al primero, conseguir que ceda su censo conservando las acciones.

Pero se deve advertir. Lo primero, que el caso propuesto tiene esta dificultad, porque no se permite al deudor pedir cesion de acciones, sino pagar, y extinguir, como se observa comunmete, Reg. Sesse *dicta decif.* 163. & 386. Don Ferdinan. Arias *cap.* 22. num. 9. & 10. ex Baldo, Saliceto, Alexandro, Cap. Latr. Fabricio Branacacio, & alijs, y assi su cesionario no puede pretender mayor drecho. *l. in ijs* 175. S. 1. ff. de reg. iuris, cum alijs. Lo segundo, que Don Fernando Arias defiende despues de muchos, la practica de Napoles con muy juridicas razones, respondiendole a todos los argumentos de Carlevalio, que mas sutil, que eficazmente, la pretendio impugnar.

La determinacion del proceso *Ioannis Francisci Lagassa*, conviene con lo que se lleva dicho, que el acrehedor no puede valerse del pacto de retrovendendo, porque es

personal, y pende de la con-  
dicion de si el deudor quie-  
re vsar del; pero esto no se a-  
comoda a nuestro caso, por-  
que el drecho del acrehedor  
segundo que pide la celsion,  
se gobierna por diferentes li-  
neas, fundadas en toda equi-  
dad, como queda advertido  
repetidamente.

Pondera la regla de estar  
a la carta, y que esta dize: *Cō  
pucto empero de carta de grā-  
cia que a nosotros dichos ven-  
dedores, y a los nuestros refer-  
yamos de podellos luir, y qui-  
tar, &c.* infiere de aqui, que la  
pretension del acrehedor, se-  
gundo, se opone a la carta,  
por seis fundamentos que re-  
ferirè en su na. El primero,  
por que el acrehedor no es su-  
cessor del deudor en este dre-  
cho sin especificacion. Lo se-  
gundo, que quando la tuviesse,  
solo podria exercitar el dre-  
cho, extinguiendo el contrac-  
to, assi como puede el cedē-  
te. Lo tercero, que si preten-  
de el acrehedor segundo el  
mismo drecho que tiene el  
deudor, entonces se ha de ex-  
tinguir el censo, ò pretende  
por drecho propio pagar, y  
que le revendan, y no proce-

de, por no estar reservado en  
la constitucion del censo. Lo  
quarto, porque se previene  
en la carta de gracia, que en  
el entretanto que no se vsa  
della, ha de correr el censo.  
Lo quinto, por que el rigor de  
la carta excluye la celsion q̄  
funda en equidad de drecho.  
Lo sexto, por que el caso omi-  
so no se puede suplir; y vlti-  
mamente añade a estas con-  
sideraciones, que el beneficio  
de la discusion, y celsion que  
se concede al fideiussor en la  
*Autética Presente, C. de fidei-  
iussoribus*, no ha lugar en el  
Reino por la misma razon de  
la carta, remitiendose a Mo-  
lino *in verb. fideiussor. 4. fol.*  
*138. col. 3.*

Todo esto se deshaze, re-  
pitiendo, que el acrehedor  
segundo pide la celsiō en vir-  
tud del drecho propio que  
nace de la hypoteca, y se le  
concede por la equidad de la  
regla, *quod tibi non officit, &  
alteri prodest*; y assi no valiē-  
dose del que pertenece al  
deudor, en virtud de la refer-  
vacion de la carta de gracia,  
mal se pueden oponer las pō-  
deraciones referidas, aunque  
las tuviessemos por muy cier-

tas, y juridicas. Ni el lugar de Molino ayuda a la ponderacion, por que no deniega al fideiussor el beneficio de la Autentica, por el motivo de la carta, sino por que se dispone assi en la *Observ. de triginta, 15. tit. de Generalibus Privilegijs totius Regni*, con estas palabras: *Et scias quod in optione est creditoris quod distingat primo fideiussorem, vel principalem, in Aragonia enim non est privilegium, vel beneficium tale quod prius conveniatur principalis, quam fideiussor.*

Llegamos ya a los exemplares que se alegan en contrario, pero entiendo, que no se pueden oponer, refiriendo se enteraméte: en el processo *Antonij de Arano, super apprehensione* (que es el primer exemplar) el Convento del Carmen de esta Ciudad, dió proposicion, y obtuvo senten-  
cia, en fuerza de vn comisso que avia hecho de vnas casas, que Luis Perez, como Señor, avia reconocido le estaban obligadas en vn treudo consignativo con clausula de comisso: y Antonio de Arano, que fue el aprehendiente de las casas, en virtud de vna

comanda ganò tambien senten-  
cia en segundo lugar, y para excluir el treudo que pertenecia al Convento, y confirmar su hypoteca, le depositò la propiedad, y pensiones, pidiendo cesion de sus drechos: dudòse si procedia, ò no la cesion: dezia el Convento, que ya no era acrehedor, sino Señor de las casas, en virtud del comisso, y que por esta razon le pertenecian los frutos sin computar en el credito, y que la hypoteca que Arano tenia sobre dichas casas, se avia resuelto con el dominio util, y assi que no procedia la regla de la cesion. Replicava Arano, que este dominio se avia adquirido en fuerza de credito, y que no era perpetuo, sino resoluble, en caso de restituir al Convento la propiedad, y pensiones del treudo, y que assi mas se devia considerar acrehedor, que Señor: el Consejo resolvió, que Arano no podia pretender la cesion para hazer los frutos suyos, pero que podia luyr el treudo, y con la cesion cobrar la propiedad, y pensiones, aunque imputando los fru-

frutos en que parece aver imitado a aquellos antiguos Jurisconsultos que llamanon *Erciscundos*, porque seguian vna media opiniõ, de quibus eruditè Edmundus Merillius *Observ. lib. 1. cap. 6.* Todo esto consta de las doctas alegaciones que escriuieron el señor Doctor Martin Godino, por el Convento del Carmè, y el Doct. Pedro Luis Martinez, por Antonio de Arano, y de vnas palabras que se hallan al fin de la alegacion del señor Godino, que transcribirè para mayor comprobacion del dictamen del Consejo, porque nos faltá los motivos. *Die septimo Decembris 1598. se declarò en favor de este papel, declarando cessionem supplicatam locum non habere; tuuõse por constante, que no podia Antonio de Arano pretender la cession del treudo del Carmen porque era imposicion, y los Frayles hazian los frutos suyos y no era justo passasse en el segundo acrehedor el hazer los frutos suyos; pero tuuõse por constante, que podia hazer luccion el Antonio de Arano y entonces con la cession cobraria la propiedad sin ha-*

*zer los frutos suyos; y aunque la pronunciacion salio cessionem supplicatam locum non habere, pero no se hizo, y piden aora la cession.*

Este exemplar es mas digno de ponderarse en nuestro favor. Lo primero, por averse entendido, que Antonio de Arano, siendo acrehedor, podia vsar de la carta de gracia reservada al deudor en la imposicion del treudo, contra lo que se pretende por la otra parte, de la personalidad del pacto, y de lo que refiere de atestacion del Señor Godino, *quod nūquam est auditum, nec visum creditorem posse vi pacto de retrovèdèdo, & charta de gratia competenti suo debitori, qui dicto suo creditori omnia sua iura obligavit.* Lo segundo porque no se puso duda en que el Convento devia ceder à Antonio de Arano todos los derechos que le pertenecian para cobrar la propiedad del treudo.

Ni obsta, que no se dio lugar a la cession, respecto de perceber los frutos, sin imputarlos en la suerte principal; porque este derecho no pertenecia al Conyento en virtud



de la hipoteca de las casas, sino por averse hecho señor de ellas en fuerza del comisso; pues corriendo aora con la inteligencia de que este pacto es valido, se sigue, que en Aragon, a donde estamos a la carta, passa el dominio de los bienes en el acrehedor, en fuerza del dicho pacto, mientras el deudor del treudo no paga la propiedad, porque esto es caer alguna cosa en comisso, hazerse del dominio del acrehedor. De aquí resulta, que el Señor del treudo haze los frutos suyos, como Señor que es de la prenda, y tambien se descubre el principio, y fundamento que tuvo la practica de recibir las proposiciones de los treudos consignativos, fructibus non computatis; advirtió el Doctor Suelves *in cent. conf. 25. num. 17.* y antes lo significa la Corte en los motivos del proceso *Vicarij Sancti Pauli*, Actuario *M. S. anno 1628.* Siendo, pues, esta percepcion de los frutos efecto de dominio, y no de credito, muy justamente se negó la celsion respecto del.

Pudóse tambien confide-

rar la exorbitancia de hazer los frutos suyos, que es tan grande, que la improbò la Corte como illicita, y vsuraria en los censos consignativos, in dicto *processu Vicarij Sancti Pauli*; y aunque el Doctor Suelves impugna esta inteligencia en el *conf. 28. de la semicent. 1. num. 28.* sabemos, q̄ escribió en defenſa del pacto, como Abogado de la Iglesia de San Pablo, y que puso lo mas sustancial en el *conf. 25. de la Centuria*, donde trata del punto mas largamente, y tambien que esta Real Audiencia se apartò de la practica de admitir los treudos consignativos, fructibus non computatis, teniendola por peligrosa, y conformando con el dictamen de la Corte, in *processu Fr. Iosephi Francisci Romeo, super Apprehensione, die 6. Septembris 1636. Actuario Polo, & in processu Prioris, Canonicorum de Albelda, die 9. Septembris eiusdē anni. Actuario Abiego.* Y así fue muy puesto en razon, que se estrechasse este beneficio a la persona del acrehedor primero, así como se negó en lo antiguo en

las restituciones de dote respecto de los bienes vinculados in Curia Iustitiæ Aragonum, in processu Galat. de Vera, super Apprehensione 15. & 16. Decembris 1557. vt refert Sesse decis. 68. num. 37. & sequentib. qui id verius sibi videri aperto ore testatur, decis. 253. nu. 5. sequitur Suelves conf. 94. num. 19. y oy no se concede a los transverfales en las mesmas restituciones de adote, idem Suelves dicto conf. 94. & nu. 19. multis exemplaribus confirmas.

Otro exemplar se trae del año 1588. pero es de la mesma manera, y sustacia, como manifiestan estas palabras de la Alegacion del señor Godino, & ex his forsan die 31. Martij 1588. in processu Prioris Monasterij de el Carmen, super Apprehensione, in Escrivania Ioannis de Escartin per hanc Regiam Audienciam pronuntiatum fuit dictu Priorem, & Monasterium similem cessionem, & in eodem casu comissi ratione census minime tenuisse facere Didaco de Herrera sive eius heredibus secundis creditoribus qui vigore crediti provisionem litis

pendentia obtinuerant in quibusdam domibus, qua sententia magno examine prehabito per hanc Regiam Audienciam de consilio fuit confirmata die 2. Novembris 1592.

Y es de mucha consideracion, que aviendose podido ponderar tantas razones, y fundamentos por la Santa Iglesia, no se traiga vn Autor que determine este punto a su favor, aviendo tantos que le disputan, y resuelven por esta parte, y señaladamente, que Gaspar Rodriguez dicta questione 16. nu. 27. tenga esta decisio por indubitada, alli: Dico igitur quod tota huius questionis difficultas versatur in duobus partibus. Primus an creditor iste redditualis ex vi contractus, vel obligationis, sit obligatus non solum ad meram redemptionem nudamq; resolutionem faciendam sorte cum reliquis oblata, sed etiam adcedendum, & transferendum iura si petatur, & petentis intersit. Secundus si forte non est ad hoc obligatus ex vi ipsa obligationis an verum sit, & dici possit quod fors ipsa, & ipsum mobile ei debeatur, verumvis sit habeo inten-

*tum, sed ostendo verumq; verum esse; igitur decisio indubitata.*

Tampoco dize ninguno dellos lo que se pretende por la otra parte, que es menester para que proceda la cesion que el acrehedor segundo prueve, que sin ella no puede cobrar su credito, aunque en este caso se ve la necesidad de la cesion, porque resulta de Proceso, que se deven muchas pensiones a Don Iosel de Exea, y assi mas justamente pretede subrogarse en los derechos del

Cabildo, para facilitar assi la cobrança.

Por todas estas razones, parece, que esta pretension esta fundada en toda equidad reglas de Drecho, y Fuego, y que se le deve compeler a la cesion del censo, legitimando antes que la exacion le pertenece, como Patrona del Legado del Vizconde de Torrefecas Don Faustino Cortès, y Sanguessa. S. S. G. C. Zaragoza 28. de Octubre de 1672.

*D. Jacinto Alaman*

