

JESUS, MARIA, JOSEPH.

IN

PROCESSV
MARGARITÆ PEREZ.

SVPER APPREHENSIONE.

IN ARTICVLO PROPRIETATIS.



Diego Quiròs, y Gracia Ximeno, conyuges, vendieron à Agustín de Altuna vnas casas por precio de 10000. suel. y con cargo de 525. suel. de truedo luible cō 10500. suel. de propiedad, y se obligaron simul, & in solidum à evicción plenaria mediante acto testificado por Pedro Sanchez del Castellar à 29. de Mayo de 1636. El qual se halla firmado de la manera, que advierte el Notario, que hizo extracta de dicha escritura. Dize así: *Està firmada la presente escritura en su nota original en esta forma. Diego de Quirós. Yo Antonio Jurado soy testigo de lo sobredicho, y firmo por dichos vendedora, y acceptante, que dixeron, no sabian escribir. Yo Juan Barberàn soy testigo de lo sobredicho.*

2 Succedió la evicción de dichas casas, y el dere-

A

cho

cho de repetirla pertenece à Maria Monte, la qual ha obtenido sentencia en el articulo de lite pendiente, sobre la mitad de las casas aprehendidas en este Proceso, respeto de 500. lib. que fueron el verdadero precio, que el comprador pagò, con las costas: Y aviendo citado à propiedad, pide, que se vendan las casas aprehendidas, y que del precio se le manden pagar dichas 500. lib. y à mas 525. por la propiedad del censo; suponiendo, que està luydo.

3 Por parte del Dotor Gregorio Vidal, y Gracia Quiroz y Quiròs, conyuges, dueños de las casas aprehendidas, se replica, que no pueden pedir las 525. lib. propiedad del truedo, con que se vendieron las casas, porque no consta, que el comprador, ni sus habientes derecho lo ayan redimido, pagando essa cantidad; y assi no puede proceder respeto della el derecho de eviccion, como lo califican los motivos de la Sentencia, pronunciada en conformidad de votos en el articulo de lite pendiente, alli: *Nullò tamen modo recipitur ipsa propositio pro quantitate tributi redimibilis, de quo fit mentio in prefata venditione, quia licet onus illud solvendi (ultra dictos decem mille solidos) fuit etiã precium eiusdem venditionis: attamen non constat Augustinum Autuna, emptorem, aut eius successores, huiusmodi tributum redemisse, nec ob illius causam aliquod damnum fuisse expentos. Unde pro quantitate huius tributi nullam eiusdem evictionis actionem competere censemus.*

4 Y que dicha eviccion aun respeto de las otras 500. lib. solamente puede repetirse de la mitad de las casas aprehendidas; porque la obligacion subsiste respeto de los bienes, que fueron de Diego Quiròs, y no respeto de los que fueron de Gracia Ximeno: y como las casas aprehendidas fueron de ambos, se in-

+3

fiere, que estarán sujetas à la hýpotéca por la mitad que era de Diego Quirós, y libres por la que tocava à Gracia Ximeno, respeto de quien fue nula la vendición, y la obligacion de evicción, por no estar firmada la escritura conforme á Fuero.

5. Contra el merito de esta excepcion, se ha servido el Consejo participar la siguiente.

D V D A.

NO aviendo letra clara en el Fuero. Forma para testificar de 1528. para que no sabiendo escribir el otorgante se ayan de subscrivir por él los dos testigos; y probandose con la visura, que se ha hecho en Proceso y los testigos, que se han producido, el estilo, que tenia el Notario, que testificò la vendición de Diego Quirós, y Gracia Ximeno, de hazer firmar à un testigo solamente por el otorgante, que no sabia escribir; parece, que se deve calificar por legitimo, y subsistente el acto de dicha vendición, y consiguientemente procede, al parecer, la petición de los actores, sin embargo de la excepcion opuesta.

6. Esta Duda contiene dos partes: En la primera dize, que para ser legitima la vendición, respeto de Gracia Ximeno, que no sabia escribir, no era menester, segun Fuero, que por ella se subscriviessen los dos testigos, por no aver letra clara que lo disponga: En la segunda califica el valor de dicha vendición por ser conforme à el estilo del Notario rogado. Y discurrendo respeto à la satisfaccion de la primera parte, reconozco, que en el citado Fuero no ay letra clara, en que se lea que *no sabiendo escribir el otorgante, se ayan de subscrivir por él los dos testigos*; pero de toda la contextura del Fuero se induce dicha proposición, como se procurará probar. Y antes se supone, que la

La común práctica de los Notarios en semejantes actos, es hazer firmar los dos testigos, que saben escribir, por el vendedor, que no sabe escribir, en tanto, que no hallandose firmada la vendición desta suerte en la nota original, el Notario, que la extrae, no pone al fin la clausula, que acostumbra ponerse, quando los actos están firmados segun Fuero; a saber es, *en la nota original están las firmas, que de Fuero se requieren*; sino que prescindiendo de si están, ó no las firmas, que de Fuero se requieren, copia las que verdaderamente se hallan en la nota, como sucede en el extracto de la vendición de nuestro caso. Con lo qual se persuade lo defectuoso de la subscripción, ó porque no se observa la forma, que el Fuero expresa, ó la que la costumbre interpretativa del Fuero ha introducido.

7 Esto assi supuesto, parece, que segun dicho Fuero son necessarias las subscripciones de los dos testigos, por si, y por la vendedora, que no sabia escribir; porque hasta el versiculo: *E si la una parte*, expressamente se dispone, que devan subscrivirse las partes otorgantes, y los dos testigos, si saben escribir. *En dicho versiculo, se dice assi: E si la una parte sabrà escribir, y la otra no: se fota a escribir a la q̄ sabrà escribir cō los testigos, que sabrán escribir.* Lo qual no puede, al parecer, entenderse de las subscripciones simples, porque seria del todo superflua su disposicion; pues por lo dicho anteriormente era necessario poner dichas simples subscripciones: luego deve entenderse de las subscripciones por la parte, que no sabia escribir; y à no ser assi, diria el Fuero, que no era defecto el faltar la subscripción de la parte que no sabia escribir, lo qual tambien seria superfluo; porque antes pide todas las subscripciones, no absolutamente, sino

5
fino con la condicion, *si sabrán escribir ó ternan disposición de sus personas para poderse escribir, à discrecion del Notario*. Luego no puede darse otro sentido al versículo. *E si la una*, de suerte, que se evite la superfluidad (como deve hazerse en las palabras de la ley) fino es, que la subscripcion de los testigos ha de ser por si, y por la parte, que no sabe escribir.

8 Profigue el Fuero: *E si los dos testigos sabrán escribir, é no las partes, se fota escrivan los dichos testigos solos que sabrán escribir*. Y en este versículo se puede arguir lo mismo, que en el antecedente. El versículo siguiente, dize así: *E si el uno de los dos testigos sabrá escribir, y el otro no, aquel se fota escriba por él, y por el otro, que no sabrá escribir*. En donde expressamente dize el Fuero, que el testigo, que sabe escribir, se subscriba por el que no sabe escribir: y así como suple el defecto del testigo, que no sabe escribir, haziendo, que por él se subscriba el otro; siendo el fin de todas estas clausulas, suprir el defecto de las subscripciones de los otorgantes, y de los testigos; se ha de entender, que solamente se suplirán las subscripciones de las partes otorgantes por los testigos, que saben escribir, quando estos se subscriben por si, y por las dichas partes; y así aunque el Fuero expressamente no diga, que los dos testigos, que saben escribir, se devan subscribir por la parte, que no sabe, deve suponerse la necesidad desta subscripcion, porque con ella expressamente quiere el Fuero suprir el defecto de la subscripcion de la parte, que no sabe escribir.

9 Persuade esta conclusion Portolés *in Schol. ad Mol. §. instrumentum* en la explicacion de dicho Fuero, en el vers. *E si el uno de los dos testigos sabrá escribir, num. 145. alli: In istis verbis Forus hic precipit, quod si ex duobus testibus, instrumenti confectioni*

6

*vocatis, vnus dumtaxat scribere sciat, is, qui scribere
nōvit pro alio teste, vel Parte scribere ignorantibus
se subscribere teneatur*: Luego en fuerça de aquella
palabra: *vel parte*, entēdiō nuestro Práctico, q̄ del mis-
mo modo, que segun el Fuero deve el testigo, que
sabe escribir, suplir el defecto de la subscripcion de
su conteste, que no sabe escribir, subscriviendose por
él; así tambien deve suplir el defecto de la subscrip-
cion de la Parte; de suerte, que segun la sentencia
deste Autor, caso que la Parte, y vno de los testigos
no supieren escribir, el testigo que sabe escribir, de-
ve subscrivirse por ambos. Luego quando solamen-
te la parte no sabe escribir, los dos testigos deven
subscrivir por ella, y no bastará la subscripcion de
vno solo. La razon es, porque este defecto *en el vers.*
E si la vna, y en el vers. E si los dos. Lo suple la ley
con las suscripciones de los dos testigos, y han de
ser ambas suscripciones calificadas, y no bastará,
que la vna sola lo sea; porque esto solamente tiene lu-
gar, quando el vn testigo sabe escribir, y el otro no,
como enseña Port. cit. loc. num. 147. allí: *Sufficit,
quod vnus scribere sciens se subscribat nomine testa-
toris, & nomine alterius testis, qui dixit scribere se
nescire*: Luego si los dos testigos supiesen escribir,
ambos devieran subscrivirse por la parte.

Lo mismo se infiere de la doctrina de D.
Francisco de Cuenca *in Schol. Coman. claus. 43. n. 1.*
en donde hablando de nuestro Fuero, dize: *Requi-
rit enim partis obligata, & testium subscriptiones,
aut saltem vnus, si alter scribere nescit, dummodo
pro eo quoque se subscribat*. Y aqui parece, que
aquella palabra *quoque* haze relacion, á que no sola-
mente deve subscrivirse por el conteste, sino tam-
bien por la parte, que no sabe escribir, como se per-
sua-

sua-

suade, de lo que prosigue, alli: *Qua quidem subscriptio sufficit, etiam, si pars obligata scribere nesciat, nec testis alius pro ea se subscribat secundum d. fori dispositionem*; en que supone, que si los dos testigos saben escribir, y la Parte no, segun el Fuero, los dos deven subscrivirse por la parte; pero en el caso, que vno de los testigos no supiere escribir, bastará (segun el Fuero) la subscripcion del que supiere escribir, haziendola por la parte, y por el conteste.

No parece dudable, yá por la sentencia de estos Autores, yá por el estylo que prueba la Parte contraria en Proceso, que segun el Fuero, quando la parte no sabe, ó no puede firmarse, deve por ella firmarse vno de los testigos: Luego si este es requisito foral, no obstante, que no ay letra clara, y expresa en el Fuero, que lo diga, no será menester tampoco letra clara, para que sean necessarias las subscripciones de los dos testigos por la parte que no sabe escribir, sino que bastará para la calificacion deste requisito, que se infiera de la disposicion foral, en la qual tanto cabimiento ay para pedir las subscripciones calificadas de los dos testigos, como la de vno solo; y así parece, que se infiere, que por el Fuero, por la costumbre interpretativa del Fuero, y por la inteligencia de nuestros Practicos, es nula la vendicion, en que no hallandose firmada la parte, que la otorga, y sabiendo escribir los dos testigos, se halla solamente el vno firmado por dicha parte: Y esto es lo que calificó V.S.I. en los motivos de la Sentencia de lite pendiente, alli: *Non tamen recipitur eadem propositio in altera medietate bonorum apprehensorum; quia ut constat Didacus Quirós, non possedit illa in solidum, sed cum Gratia Ximeno, uxore ipsius: Et quamvis domus ab utroque fuerit vendita, in favorem Augustini*
 Au-

Autuna: attamen ex instrumento venditionis resultat, in protocollo non subscripsisse Gratiam Ximeno. Et ex duobus testibus, scribere scientibus, unum dumtaxat pro ea subscripsisse, ac per consequens illam venditionem cum omnibus, tunc stipulatis, respectu Gratie Ximeno, iuxta forales sanctiones fore, Et esse nullam.

12 De todo lo discurredo hasta aqui, en satisfaccion de la primera parte de la duda, se infiere, que segun el Fuero, y la observancia interpretativa de él, es nula la vendicion, respecto de Gracia Ximeno: y llegado ya à la segunda parte, se reduce toda su dificultad à averiguar, de que calidad es el estilo, ò costumbre del Notario rogado en la subscricion de semejantes actos; y si por conformarse con lo que practicó en el nuestro, se purga la nulidad, que suponemos en él. A instancia de los actores se ha hecho vistura de los protocolos del Notario rogado, desde el año 1630. hasta el año 1640. y se hallan hasta 11. actos, para cuyo valor eran necessarias las firmas de los que los otorgaron: pero como, ó no sabian, ò no podian escribir, firmava el primer testigo por ellos, y el segundo sencillamente, como en nuestro caso: sobre esto deponen dos Notarios, que era este el estilo del que testificò dicha vendicion, y tambien de otros Notarios, aunque no los nombran; y assi mismo dicen, que con dichas firmas está sufficientemente observado el Fuero, que assi lo entienden, y han oydo, que otros de la misma pericia entienden lo mismo.

13 No disputo la verdad del hecho, respecto al estilo de el Notario rogado de nuestro instrumento, ni tampoco si es verdadera la deposicion de los testigos, por que supongo, que entienden lo que deponen: pero no consta. ni del Processo, ni fuera del que essa inteligencia,

cia, y dictamen sea común, é inalterable; porque sobre todas las razones, ponderadas en la primera parte de la duda, es muy común la práctica de firmarse los dos testigos por el otorgante, que no sabe escribir; y aun el segundo testigo, que es, quien sacò en pública forma el acto de nuestra vendición, no dixo, como se lleva notado: *Están las firmas, que de Fuero se requieren;* como acostumbran dezirlo todos los Notarios, quando no ay escrupulo alguno en las subscripciones, y se vé practicado por el mismo en varios documentos deste mismo Proceso; sino que con puntual legalidad copió las firmas, como estavan en la nota, que es, lo que suele hazerse, quando se duda si están, ó no, las firmas, que de Fuero se requieren.

14 Dexando, pues, como cosa perteneciente à la primera parte de la duda, el si en nuestro caso están, ó no las firmas, que de Fuero, y práctica se requieren: para satisfacer la dificultad, que se forma con el estylo del Notario rogado, es preciso suponer, que el acto no està firmado segun Fuero; porque si lo estuviere, no avia necesidad, antes bien era del todo superfluo, justificar su valor con el estylo del Notario: y en esta suposicion se responde, que el estylo particular de algunos Notarios, no puede dar valor à las subscripciones, caso que sean desconformes al Fuero; porque el estylo contra el Fuero no vale, como prueba Molino *in repert verb. styllus fol. 313. col. 3. in p. vbi Portolés n. 3.* aunque en el n. 4. refiere varios Autores, que sienten lo contrario: Pero aun en Sentencia de estos no se admitiria el estylo de nuestro caso, por faltarle muchas circũstancias, que de derecho se requieren, para ser estimable.

15 La mayor virtud, y eficacia, que se puede dar à este estylo, que se alega, es la de calificarlo como

mo costumbre, con la qual simboliza en la verdad, aunque muchos Autores quieren constituir diferencia entre ella, y el estylo; como puede verse apud Trobat de effectib. immemorialis par. 1. q. 3. à num. 148. vsq. ad num. 155. Y parece, que no puede reputarse por legitimo, porque era necesario, que fuese uniformemente observado por todos los Notarios, lo qual no se prueba; y sobre esto era menester, la aprobacion de los Tribunales, y que se pudiesse suponer ciencia, y tolerancia del Legislador, que son las circunstancias, que deven concurrir en la costumbre, para derogar la ley: Luego estando limitado el estylo, ó costumbre de nuestro caso al Notario rogado, y á lo sumo à algunos otros; no puede prevalecer al derecho, que resulta, ó del Fuero, ó de la observancia interpretativa del.

16 Lo segundo, porque dicho estylo no se prueba por mas espacio que el de 10 años, ni se alega que en juyzio contradictorio, opuesta la nulidad contra las subcripciones referidas, se aya declarado, que son legitimas y forales; y el dezir los testigos, que han hecho fe en juyzio, y fuera del, sobre que no explican ninguna circunstancia particular; puede atribuirse, à no averse opuesto la excepcion; y en estos terminos no es legitima la costumbre, contraria al derecho, porque aun en la judicial, que es mas facil de inducirse, se requieren dos Sentencias passadas en cosa juzgada, como comprueba Trobat citato loco num. 27. D. Vargas Machuca decis. 39. num. 56. alli: *Contra expressam legem non habet vim styllus, sed consuetudo.* Mol. verb. styllus fol. 313. Et requirit prescriptionem, Et quod sit obtenta in contradictorio iudicio; cita Graciano dicept. foren. cap. 694. nu. 53. dize: *Styllus contra ius non potuit introduci per indices deputatos ad*

ius reddendum, qui non possunt concedere legem contra ius scita, y proliquis: Vbi etiam, quod hoc casu requireretur probatio consuetudinis, quod videlicet debeant esse tot, & tales actus, qui de venerint ad notitiam populi, vel maioris partis ipsius; ita ut possit constare de tacito illius consensu per quem sit iuri derogatum. Alex. &c. y despues: Quod in casibus in quibus fides extra iudicialis Curialium admitteretur, quando videlicet stylus non esset contra ius, neq; respuerit decissoria, sed ordinatoria; tamen non sufficeret, quod in fide diceretur ita fuisse servatam; nisi etiam addatur, quod fuit oppositum de nullitate, & tali oppositione non obstante, fuit iudicatum pro validitate. Cap. itaq. &c. y en la disceptacion 861. num. 23. dice. Maxime quia neq; probatur consuetudo ex instrumentis, nisi etiam probetur, quod illis fuerit adhibita fides, & venerit in notitiam maioris partis Notariorum, & populi Mascari. qui alios refert, conclus. 425. num. 3 & 4.

17 Sobre todo esto, para que sea legitima la costumbre, deve prescribirse por tiempo legitimo, vt docet Trobat cit. loco á num. 125. diciendo en el num. 131. alli: Sciendum est, quod communis Doctorum Sententia est, quod ad inducendam consuetudinem contra ius, tempus 40. annorum requiritur, y lo conprueba latissimamente: Luego de todas estas doctrinas se infiere, al parecer, que el estylo alegado en contrario es de ningun momento, ora se considere como estylo, ora como costumbre, pues no se prueba su observancia por mas tiempo, que el de 10. años; no se verifica su induccion por mas, que vno, ú otro Notario; no se califica con alguna Sentencia, que en juyzio contradictorio lo apruebe; ni en Processo, ni fuera dél consta que esté vniformemente observado
por

por los Notarios, ni aprobado comun, y general-
mente, como era necesario: Por todo lo qual se es-
pera que V.S.I. calificara por nula la vendicion, res-
peto de Gracia Ximeno, en conformidad de la Sen-
tencia pronunciada en la lite pendiente, como entien-
do procede. S.S.G.S.C. Zaragoza Enero 22. de 1706.

D. Lorenzo Ybanez de Aoyz.

[Faint mirrored text bleed-through from the reverse side of the page, appearing as ghosting of the document's content.]

por