



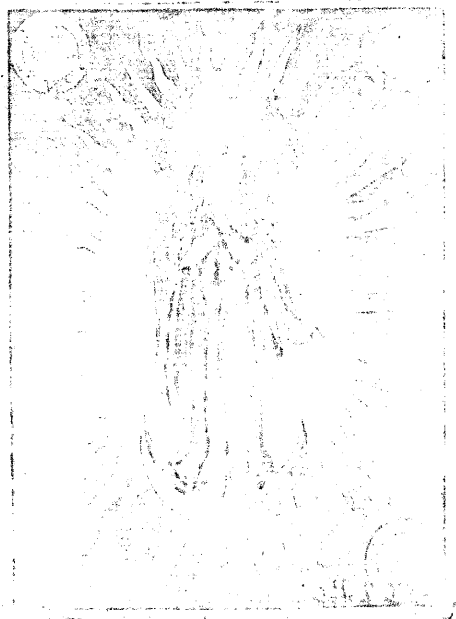
P O R

EL MAESTRO
DON ANDRES DE CIEZA
 y Villa-Real, Clerigo Presbitero, y don
 Pedro de Cieza y Villa-Real su herma-
 no, vezinos desta Ciudad de
 Granada.

(*) EN EL PLETO. (*)

Con Doña Francisca de Texeda , y D. Francisca
 de Torres, vezinas della.

*Impresso en Granada , En la Imprenta Real , Por Baltasar de Bolibar,
 En la calle de Abcnamar. Año de 1654.*



P O R

M. M. A. E. S. T. R. O

... de la Real y Pontificia Universidad de Salamanca
 ... de la Real y Pontificia Universidad de Salamanca
 ... de la Real y Pontificia Universidad de Salamanca
 ... de la Real y Pontificia Universidad de Salamanca

(*) EN EL TÍTULO (*)

... de la Real y Pontificia Universidad de Salamanca
 ... de la Real y Pontificia Universidad de Salamanca

... de la Real y Pontificia Universidad de Salamanca
 ... de la Real y Pontificia Universidad de Salamanca



ECHO Es constante en este pleyto, que el Maestro Iuan de la Puerta, Benediado que fue de la Iglesia de san Cecilio de esta dicha Ciudad, otorgò su testamento a 23. de Abril del año pasado de 651. Y en el (entre otros) puso las clausulas siguientes, que para mayor claridad, e inteligencia de este pleyto, se ponen aqui a la letra.

PRIMERA CLAVSVLA.

2 **D**ECLARO, que todos los bienes muebles, y semovientes, que ay en mis dos casas de Albolote, y Granada, son de mis primas doña Francisca de Torres, y doña Francisca de Texeda, porque algunos dellos quando las truxeron a mi casa chiquitas, que murieron sus padres, los truxeron, y otros los han con su trabajo, e inteligencia hecho, y cuidado: y assi dellos, como de otra cosa alguna, de azeyte, vino, ni otra qualquiera cosa de mi casa, quiero que se les pida cuenta, porque en lo que yo soy señor de ellos, las hago a ellas señoras, para que nadie (como tengo dicho) les pida cuenta, ni razon de el dinero, ni otra cosa alguna, que en las dos casas mias aya.

Segunda Clausula.

3 **I**TEM declaro, que yo tengo comprado en el termino de Albolote, y criada algunas viñas, cuyos titulos estan en mi cabeza. Digo, y es mi voluntad, que el proprio derecho tienen mis primas a ello, como yo, porque las casas se han labrado, las viñas se han cultivado, y criado con su trabajo, y el mio, y assi como tal suyo les dexo desde el dia de mi fallecimiento por dueñas, y señoras de todo, para que dispongan dello a su voluntad, no obstante que yo tengo tratado con ellas lo que es la mia, y creo que no saldran de ella: mas quiero, que nadie les pueda contradexir, ni darles pesadumbre: porque el intento de todos tres es, que lo poco, o mucho que ay se gaste en servicio de Nuestro Señor, y yo no tengo obligaciones algunas mas que a ellas, ni ellas mas que a mi. Y supuesto que todo es nuestro intento se convierta en obras espirituales, ellas lo dispondran muy bien: pero ha de ser muy a su voluntad.

4 ¶ Sobreviniò el dicho Maestro Puerta a este testamento: y en 24. de Março de el año pasado de 652. estando enfermo de la enfermedad de que murió, otorgò vn codicilo (que es en el q̄ impuso las Capellanias, sobre cuya imposicion es este pleyto) y auiendo hecho relacion en el de el testamento que otorgò el año de

de 651. que queda referido: y por via de codicilo quiero se guarde, y cumpla lo siguiente.

Clausula de fundacion de la Capellania primera.

5 **P**rimera mente declara, que su voluntad ha sido de fundar dos Capellanias de su hacienda, y desde luego (aunque doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres sus primas así de gozar, y gozè de la dicha hacienda por los dias de su vida) en esta conformidad, dispone, y manda, que la una Capellania se funde, como desde luego la funda, de las casas principales de su morada, que estan en la dicha Collacion de señor san Andres, donde de presente vino, que alindan casas de la Santissima Trinidad, y otros linderos, y en las casas que labrò, y tiene en el lugar de Albolote, ambas con sus bodegas, y tinajas, y lo demas que les pertenece, que las de la dicha villa de Albolote alindan con casas de don Baltasar de Castellanos, y con Francisco de Herrera, y en la heredad de viñas que tiene en el Pago de la Rabita, que llaman de la Cañada, que tiene ciento y quarenta y dos marjales de riego, que alinda por una parte con la vereda que va a las Cañeras, y por otra con mejuelos de el dicho Francisco de Herrera, y otros linderos, y en un pedazo de olivar, que està en medio de la dicha heredad. Y demas de estos bienes rayzes quiere que se funde la dicha Capellania en todo el vino que tiene, y dexa en tonales, y en tinajas, naseuo, y anejo, así en esta dicha Ciudad, como en el dicho lugar de Albolote, todo el qual dicho vino y roneles quiere que desde luego sea capital de la dicha primera Capellania, y dote de su fundacion, y candal suyo, y del Capellan, o Capellanes de ella, la qual ha de ser Eclesiastica colatina, y quiere que desde luego todos estos bienes se erijan en espirituales en quanto es de su parte, y así lo quiere, y dispone, y los haze. Y suplica al señor Arçobispo, y su Promisor los erija luego por tales.

6 **N**ombra por primero Capellan desta Capellania al Maestro don Andres de Cieza, que litiga, con carga de cinquenta Missas, que ha de ser obligado a dezir desde luego. Y mas abaxo prosigue.

7 **L**as quales dichas once Missas en cada un año se han de dezir por el anima del otorgante, durante los dias de las vidas de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, y despues de los dias de las vidas de las susodichas tengn obligación el dicho Capellan, y los demas que succidieren en dichas Capellanias, de dezir trescientas Missas en cada un año por el anima del otorgante, y de sus padres, y personas a quien ha tenido, y tiene obligación, y con tal qualidad, y condicion, que de las dichas dos casas, heredad de viñas, y olivar, han de gozar las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca

3
 cista de Torre todos los dias de sus vidas, y asimismo ha de regir y administrar todo el dicho vino de tinajas, y toneles, y demas fruto de la hacienda, porq̃ con la experiencia que tienen las susodichas de los años que le han asistido, lo haran mejor que el Capellan, y como cosa suya, y que le pertence; y que si a el dicho Capellan le pidieren les ayude, tenga obligacion a hazerlo, y asistirles en todo lo que fuere menester.

Fundacion de la segunda Capellania.

8 **Y** EN Quiso a la demas hacienda que le queda a el otorgante, como es otra casa en Albolote en lo alto del Lugar, frõtero de casas del Licenciado Checa, con un majuelo que està alindando con la dicha casa, y otro pedazo de viña de quarenta y dos marjales en termino del lugar de Albolote, camino de laen, y otro pedazo de viña camino de Granada, de quarenta y cinco marjales en termino del dicho Lugar, y otro pedazo de majuelo de catorze marjales en el mismo pago de la Quinicia. Sobre todos estos bienes quiere, y es su voluntad se haga, y funde segunda Capellania, y la funda desde luego con las mismas condiciones, y calidades que la arriba dicha, y en quanto a que sea Eclesiastica, y colatina, y que se erijan luego los bienes della en espirituales, gozando del usufructo de todos los dichos bienes las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, y despues de sus dias el Capellan. Que en primer lugar nombra a D. Pedro de Cieza su sobrino, hijo del dicho Gonçalo de Cieza, y doña Andrea de Villa Real su muger, y que asimismo gozen, como queda dicho, del usufructo de estos dichos bienes las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, y los administren, como queda dicho en la antecedente, y para despues de sus dias le impone dozientas Missas de carga.

9 **H**izo nombramiento de Patronos, y otras declaraciones, y lo firmò, concurriendo a el la solemnidad de testigos, y las demas que por derecho se requieren.

10 **D**espues han pretendido las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, que en 26. del dicho mes de Março de 652. el dicho Maestro Puerta otorgò otro codicillo, reuocando en parte de los bienes la fundacion de la dicha primera Capellania, cuyo traslado de dicha reuocacion es el que se sigue;

Clau-

**Clausula de el vltimo codicilo, en que se
pretende, que el Maestro Puerta reuo-
cò el primero en parte de bienes de
la fundacion de la primera
Capellania.**

11. Y DIXO, Que el tiene otorgado codicilo ante Lays de Segornia Bonifaz, Escriuano de su Magestad, y mandò, que el vino, y toneles que tenía en Granada en las casas de su morada, y en la villa de Albolote, así en toneles, como en tinajas, amiejo y nueuo, se impusiese en Capellania, en que dexaua por Caxellan al Maestro D. Andres de Cieza, aora declara, y manda, que el dicho vino, y toneles, y todos los demas bienes muebles, no se impongan en la Capellania, y sucedan en ellos doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres mis primas, herederas mias por el dicho mi testamento, que tengo otorgado ante Geronimo de Frias, Escriuano de su Magestad. Y que las Capellanias que mando erigir, en que nombra por Capellanes al dicho Maestro don Andres de Cieza, y don Pedro de Cieza, hijos de Gonzalo de Cieza, y de doña Andrea de Villa Real su muger, se an, y se entiendan se han de imponer, y erigir de todos los bienes raíces que quedan por mis bienes, conforme lo tengo declarado en el dicho codicilo, y en todos los bienes raíces se hag a la dicha ereccion. No firmò este codicilo el dicho Maestro Puerta.

12. ¶ Supuesto lo dicho, los dichos Maestro dō Andres de Cieza, y don Pedro de Cieza pretenden, que las dichas dos Capellanias se han de erigir, y fundar en todos los bienes de que las dotò el dicho Maestro Puerta en el referido codicilo de 24 de Março de 652. y que no se ha de hazer caso de el vltimo codicilo, que las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres han pretendido introducir, antes se ha de declarar por ninguno, ò inualido, por las causas que adelante se diran.

13. ¶ Las fofodichas han intentado, que el dicho primero codicilo de 24 de Março fue nulo, por defecto de capacidad de el testador, y que caso que las fundaciones hechas en el de las dichas dos Capellanias ay an de consistir, ha de ser en los bienes que se declaran en el pretensò segundo, y que esto ha de ser en vna de tres partes de la dicha hacienda, por auer estado en compania la de las fofodichas, y la del dicho Maestro: y que siendo esto así, solo se auia de considerar el dicho Maestro Puerta partcipe, como vno de tres en la dicha hacienda, y así solo en aquella parte auia de consistir la fundacion.

14 ¶ De todas las quales dichas pretensiones pretenden el dicho Maestro don Andres de Cieza, y don Pedro de Cieza; q no se ha de hazer caso, y que se ha de declarar por valido el codicilo de 24. de Março, y que las fundaciones ayan de hazerse en todos los bienes en el declarados, y por nulo el pretento ultimo de 26. del dicho mes, y para que asi se determine, se diuidira esta defensa en dos Articulos.

15 ¶ En el primero se fundara, que el dicho primero codicilo al tiempo y quando lo fundo el dicho Maestro Puerta, estava en muy buen sano, y libre juyzio, y que los bienes de que en el dispufo, y fundo las dichas Capellanas, eran, y fueron siempre suyos propios enteramente; sin que en ellos tuuiesen parte alguna las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres; y que siempre fue su voluntad de el dicho testador el disponer, como lo hizo, dichas Capellanas.

16 ¶ En el segundo se fundara, que el dicho ultimo codicilo de 26. del dicho mes de Março, no puede tener firmeza alguna por defecto de volurad en el dicho Maestro, y por estar muy cercano a la muerte, y por otros defectos que en el interuieron, que se opondran.

Articulo Primero.

17 **E**Ntran en este pleyto los dichos don Andres, y don Pedro de Cieza con vn codicilo otorgado en su fauor en el dicho dia 24. de Março del año pasado de 652. otorgado ante vn escriuano, y cinco testigos, que es la solemnidad que por derecho se requiere, *l. fin. vers. fin. C. de codicil. l. 3. Tauri; quæ est l. 2. tit. 4. lib. 5. Recop. Anton. Gom. in dist. l. 3. num. 63. ibi: Tamen adhibuit solemniter requisitam in codicillis; puta quinque testes. Et n. 69. ibi: Et eerte de iure communi debet continere quinque testes; qui debent in eo subscribere. Matienço dist. l. 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 4. num. 5.* Y aunque despues quiere entender la dicha ley del Reyno, de que por ella se aya dado nueua forma, y que balten tres testigos, sin embargo queda firme en su sentencia, *ibi: Sed ego teneo contrariam sententiam; et conclusionem; imò quod codicillus in scriptis requiratur semper; et indistincte quinque testes, et subscriptiones eorum; sicut requiritur de iure communi.*

18 ¶ Y para deshazer la firmeza deste codicilo, y que no tenga efecto la fundacion de las dos Capellanas, que en el dispufo el Maestro Puerta, lo impugnan doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, diziendo, que no estava en su juyzio quan-

do lo otorgò, y que fue sollicitud, y disposicion de Gonçalo de Cieza, padre de los dichos don Andres, y don Pedro.

19 ¶ Y para esto se fundan en la disposicion de derecho, qua substatinetur, que el salto de juyzio no puede hazer testamento, ni interuenir en otro contrato, *l. filius familias 16. l. in aduersa 17. l. qui testamento 20. §. nec furiosus, ff. de testam. l. furiosum 9. C. qui testam. fac. poss. l. 13. tit. 1. p. 6. l. 5. tit. 5. lib. 3. for.*

20 ¶ Y assimismo pretenden está verificada su pretensió con las deposiciones de los testigos que han presentado.

21 ¶ Pero todo se excluye con los fundamentos siguientes.

22 ¶ Lo primero, porque el dicho Maestro Puerta fue siempre de mucha capacidad, y sano juyzio, y no se puede presumir estuuiesse dementado al tiempo que otorgò el dicho codicilo, antes que perseverò en el susodicho su buen juyzio, y capacidad, *text. in l. nec codicillus 5. C. de iure codicil. cap. cum dilectus de success. abm test. l. 2. vers. Otro si deximos, tit. 14. part. 3. glos. in dict. cap. cum dilectus, verb. Compossem, Bart. in l. filium, ff. de acquirend. hered. Bald. in l. quidam in suo, ff. de condit. insti. Mant. de comest. lib. 2. tit. 5. num. 2. Mascard. de probation. tom. 2. conclus. 824. num. 5. es conclus. 148. nu. 14. ¶ 15. Menoch. lib. 6. presumpt. 45. num. 18. es seqq. Burg. de Paz conf. 6. num. 17. Sesse decis. 56. num. 6. es 13. Dom. Castill. controu. t. 4. cap. 22. à num. 91. es cap. 28. à num. 20. cum seqq.*

23 ¶ Y quien pretende lo contrario deue prouarlo clara, y concluyentemente, *dict. l. nec codicillus, l. 2. C. qui testam. fac. poss. dict. cap. cum dilectus, ibi: Nisi præsatus Episcopus legitime probauerit sæpe dictum Archiepiscopum, sua mentis compossem non fuisse, cum ultimam voluntatem expressit, super in petiti. ne Monasterij, perpetuum ei silentium imponatur. Mascard. in dict. conclus. 824. num. 8. ¶ 9. Tiber. Decian. conf. 127. nu. 29. lib. 7. Mieres de maior. 1. part. quest. 1. numer. 112. Dom. Castillo dict. cap. 28. num. 22.*

24 ¶ Lo otro, porque los testigos en que las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres se fundan, no lo concluyen.

25 ¶ Porque la razon que en general dan algunos de los dichos testigos, es, que el Domingo de Ramos por la tarde, que fue quando se otorgò el dicho codicilo, estaua el Maestro como adormecido con el crecimiento. Otros dicen, que no respondia con acuerdo, a lo que se le preguntaua.

26 ¶ Salvador Cobò, fol. 13. que el Domingo de Ramos (no sabe a que hora) entràua y salia donde estaua el enfermo, y que yoas vezes estaua hablando en juyzio, y otras no.

27 ¶ Catalina de la Torre, fol. 32. que el Domingo de Ramos por la mañana le dieron el Satisfimo Sacramento al Maestro, y que de alli vn poco entrò Gonçalo de Cieza con otros tres hombres, y llegaron a la cama, hablaron al dicho Maestro, y que el no les respondió, por estar agrauado del achaque, y que despues se retirò, y no vido lo que hizieron.

28 ¶ Iuan de Palma Samartin, que entrò a vera el Maestro por la tarde, con Lazaro Ximenez Lobaton, su suegro, y que el dicho Lazaro Ximenez llegò a hablar al enfermo, y que no conociò, ni daua razon.

29 ¶ El dicho Lazaro Ximenez, fol. 35. que entrò con su yerno a ver al enfermo, que estaua suspenso, y no tenia conocimiento, y que estauan en la sala Gonçalo de Cieza, y Luys de Segouia, clerivano, y otras muchas personas, hombres, y mugeres, y que viendo a el dicho Maestro que no daua razon, se despidiò, y que llegando cerca de la cama, oyò que el dicho Maestro dixo: *Estas pobres mugeres, que las han de destruyr.* Y no le oyò dezir otra cosa.

30 ¶ Andres Gonçalez, barbero, fol. 62. que sangrò al Maestro de la dicha enfermedad, que desde su principio fue de mucho cuydado, y que a los vltimos dias le cargò tanto, que hablaua muy borroso.

31 ¶ El Doctor Acosta, fol. 63. que la visitò el Domingo por la mañana, y que le hallò de muy buen semblante, y que le respondió con mucho acierto a todo lo que le preguntò, y que estaua en visita con el Gonçalo de Cieza, y no oyò lo que los dos hablaban.

32 ¶ Otros dos testigos dicen en la pregunta, que el Domingo de Ramos por la mañana se tratò en la sala donde estaua el dicho Maestro, de que doña Andrea de Villa-Real, madre de dō Andres, y don Pedro, pagasse dos arrobas de azeyte, y el dicho Maestro respondió las pagasse si fuesse justo. Y que despues pidien do la dicha doña Andrea se le diessen vnas prendas de plata que tenian en poder del dicho Maestro. Respondiò el susodicho, que todos querian llevarse sus prendas sin pagarle lo que le deuian.

33 ¶ Doña Antonia de Bustos, fol. 32. dize, que las dichas dos conversaciones fueron el Domingo de Ramos por la tarde, y que no se acuerda auer oydo cosa con concierto.

34 ¶ Desuerte, que ninguno de los dichos testigos dà razon de su dicho, antes de sus mismas deposiciones se saca ser maliciosa la oposicion de demencia en el testador, pues cada vno de los dichos testigos quieren dar a entender diferente genero de demencia, y ninguno la concluye.

35 ¶ Y que sea necesario que los testigos que depouen de demencia, o incapacidad, ayan de dar razón de sus dichos, y causa, aunque no se les pregunte, y que esta aya de ser tal, que necesariamente concluya, probatur ex regul. text. in l. solam 4. C. de testibus. vbi DD.

36 ¶ Et in terminis Bart. in dict. l. solam, num. 2. et 34. optimè Bald in dict. l. solam, sub num. 1. Fulgol. ibidem, num. 1. In l. in furiosum 9. C. qui test. fac. poss. num. 8. vbi Paul. de Castro, num. 3. vers. Ideo testes. Alexand. cons. 147. num. 16. lib. 7. Bertrand. cons. 243. num. 6. p. 1. Mascard. conclus. 327. num. 1. et seqq. per totum. Riminald. cons. 376. à num. 18. lib. 4. Mandel. Albens. cons. 414. Surd. cons. 89. num. 24. Honned. cons. 80. num. 70. lib. 2. Dom. Castillo dict. cap. 28. num. 27. et 28. Farin. de testib. quest. 70. num. 38. que concluyen, que la deposicion ha de ser tempore conditi instrumenti, & testamenti, y mejor que todos Rota apud Duran. decis. 128. num. 16. et 17. Barbof. vot. decis. 11. num. 7. et 8. y no dandola no prueuan, Bald in dict. l. solam post, num. 1. vers. Hæc esset vis, C. de testib. Farin. de testib. dict. quest. 20. no. 33. Con que abremos de ajustar si los testigos de que se pretende prouar esta incapacidad en el Maestro Puerta a el tiempo que otorgò el dicho codicilo, la concluyen.

37 ¶ El dicho Salvador Cobo instrumental, fol. 13. dize, que el Domingo de Ramos por la tarde entrò el dicho Gonçalo de Cieza, y se sentò junto a la cama del dicho Maestro, y le dixo: Señor Maestro aqui està el señor Secretario para otorgar el codicilo que V. m. me dixo. Y que el dicho Maestro respondiò: No los conozco. Y el dicho Secretario respondiò: Aqui està vn seruidor de V. m. Y concluye, que auiendo se acabado el dicho codicilo, leuantaron al dicho Maestro el medio cuerpo, y lo firmò.

38 ¶ Antonio de Montoto, instrumental, fol. 10. dize, que auiendo acabado de escriuir el dicho codicilo, el dicho Gonçalo de Cieza leuantò a el enfermo, y lo sentò en la cama, y le puso vna pluma en la mano, y le dixo que firmasse, y que el dicho enfermo escriuiò en el papel, sin saber lo que se hazia. Y que a lo que se acuerda, dixo el escriuano: Muy mala està esta firma, y que mientras se escriuiò el dicho codicilo, no huuo dentro de la sala mas personas que los testigos instrumentales.

39 ¶ Fray Gerónimo de Amat, fol. 31. dize auer encontrado a el dicho Antonio de Montoto, y que le dixo que el Maestro estava malo, y que poco auia acabaua de otorgar vn codicilo, en que funda dos Capellanias para los hijos de Gonçalo de Cieza, y que el auia sido testigo, y que al dicho Fray Gerónimo, testigo, le parecio mal, que estando tan agrauado el enfermo, le huuielien hecho otorgar el dicho codicilo.

40 ¶ Blas de Lechuga, *instrumēt*, fol. 19. dize, que auie dofe acabado el dicho codicilo, el dicho Gonçalo de Cieza dixo, que se pusieran los testigos, y que el susodicho sentò a el, enfermo en la cama, y le puso los papeles en la mano, y le diò vna pluma, y dixo, que firmasse, que no viò si le lleuò la mano, y que oyò dezir a el enfermo: *No me lean nada.* Y el escriuano respondió, que no lo podía otorgar si no lo leia, con lo qual lo leyò a los testigos.

41 ¶ Doña Maria Ramirez, fol. 36. dize, que despues de auer otorgado el codicilo, y idose el dicho Gonçalo de Cieza, entrò a ver al enfermo, y lo hallò muy agrauado de la enfermedad, y con la lengua borrofa, que casi no se le entendia lo que hablaua.

42 ¶ Francisco Rodriguez, fol. 34. dize, que auiendo llamado a doña Francisca de Torres para preguntarle vnos linderos, de alli a vn poco oyò que dixerón: Vengan los testigos, y abrieron la puerta de la sala, y entrò el testigo, y el escriuano le dixo, que no era menester, y viò que el dicho escriuano tenia vn papel en la mano, y lo leyò, y contenia la fundacion de dichas Capellanias, y que el dicho Gonçalo de Cieza, y otro hombre, sentaron en la cama al dicho Maestro, y le tuvieron la cabeça, porque el dicho Maestro estaua muy deuitado, y que el dicho escriuano le puso los papeles al enfermo, y el dicho Gonçalo de Cieza le cogio la mano, y con vna pluma que en ella le puso a el dicho Maestro, se la lleuò, y echò vna firma, y el Maestro se boluio a acostar, y que en todo este tiempo vio que no hablò palabra el dicho Maestro.

43 ¶ Y de las dichas deposiciones no es posible ajustar que el Maestro estuuiesse falto de juyzio, porque le tuuo, y capacidad para hazer la firma que acostumbraua, y esto lo deponen los mismos testigos, como queda dicho, y esta no la pudiera hazer estando dementado, y mucho menos no siendo esta demencia de furor, si no que a lo que quieren dar a entender los mas de los testigos, era como vn genero de suspension, o grauamen de la enfermedad, ni menos pudiera dezir las palabras que dizen los testigos, que el dicho Maestro refirio; videlicet, Salvador Cobo, que el Maestro dixo, auiendole dicho que alli estaua el Secretario para hazer el codicilo, respondió: *No los conozco.* Y Blas de Lechuga; *No me han nada,* quando querian leerle el codicilo para que lo otorgalle.

44 ¶ Y estas respuestas son muy bien ordenadas, y compuestas, y que denotan la sanidad de entendimiento, y buena capacidad, que el dicho Maestro tenia, *cap. 1. §. si verò, de Cleric. egrot. in 6. cap. filij de heret. in 6. cap. legitimus 93. dist. Ioan. Andr. in cap. fin. de success. abintest. Alex. in l. furiosum, C. qui testam. fac. post. Honded. cons. 87. nu. 6. lib. 2. Tiraquell. de l. connub. glos. 1. part. 11. num. 7. Mantic. lib. 2. tit. 5.*

num. 13 *Gamm. decis. 262. num. 2. Dom. Castillo dict. cap. 28. nu. 49.*

45 ¶ Con que auiendo firmado, como queda dicho, el dicho Maestro Puerta el dicho codicilo, se reconoce que el susodicho estaua de muy buen juyzio, y auia estado con mucha atencio a la disposicion del dicho codicilo, *Bart. in l. sciat, § non videtur, in 1. not. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. solu. Castrenf. cons. 216. num. 2. lib. 1. Gabr. tit. de presumpt. concl. 3. num. 29. late Menoch. presumpt. 66. nu. 7. Rot. apud Duran. decis. 200. num. 27. es 136. num. 6.*

46 ¶ Y con la dicha firma fue visto aprouer el dicho codicilo, *Bart. in l. 1. § si quis negat, num. 11. ff. quemadmod. testam. aper. et in l. emptor, § Luitius, vbi etiam DD. ff. de pact. Castrenf. cons. 216. nu. 3. lib. 1. Crauet. cons. 73. num. 40. Rot. apud Dur. decis. 136. n. 4.*

47 ¶ Y los dichos testigos que quieren dar a entender lo contrario, no solo no lo concluyen, si no antes tienen contra si la prefuncion de falsedad, por la variedad que contienen sus deposiciones, que los haze entre si contrarios, y singulares, y configuientemente a testigos desta calidad no se les deue dar credito, *l. qui falso, vel variè 16. ff. de testib. l. eos 27. ff. ad l. Cornel. de fals. ibi: Eos qui diuersa inter se testimonia prae buerunt, quasi falsum fecerint, praescripto legis Corneliae teneri pronuntiatum est. Bald. in cap. licet causam, num. 14. in princip. iuncto vers. sicul. Sed vbi propter singularitatem, extra de probat. Felin. in cap. licet ex quadam, col. 4. vers. Est etiam duplex singularitas ext. de testib. Ias. in l. admonendi, nu. 256. vers. Quaedam obstatiua, & ibi etiam Rippanum. 205. Cacialup. num. 92. vers. Testes igitur singulares, Curt. in tract. de testibus, concl. 46. nu. 92. Gabr. de testib. lib. 1. cons. 2. num. 9. Michael. Crae. in suis commun. opinion. lib. 2. cap. 17. quest. 27. vers. Praedita conclusio, vbi quod haec conclusio est vera absque omni dubio, Monticell. in repert. test. Rubr. singulares testes, an, et quando probent? fol. 199. column. 1. vers. 4. Petr. Anton. à Petra in tract. de fideicom. quest. 12. num. 489. vers. Et de prima, qui alios refert, et num. 490. iuncto num. 503. vers. Et in obstatiua, es num. 511. et num. 616. vers. Prima obstatiua, es nu. 604. vers. Et haec conclusio non habet dubium, Farin. de testib. quest. 64. à nu. 54. usque ad 69. D. Francisc. de Leon tom. 3. dict. 40. n. 99.*

48 ¶ Y para que los dichos testigos se tuuiesfen por conuencidos de falsos, era bastante que la falsedad interuiniessse circa accessoria depositionis, *Crauet. cons. 6. num. 14. ibi: Nam vbi est per iurium, ibi necessitate repellitur testimonium: quia tota fides testis dependet à iuramento in tantum, quod si periurus sit in vno tantum, in totum excluditur à testimonio; etiam si esset falsitas circa aliqua accessoria, Roland. à Valle, cons. 94. num. 1. §. lib. 4. Surd. dict. cons. 414. num. 87. in medio, D. Franc. de Leon vbi prox. num. 82.*

49 ¶ Porque la fee de los testigos est indiuidua, y al que esta

està conuencido de falso en algun particular, en nada se le ha de dar credito, *dist. l. qui falso, an uarie, ff. de testib. cap. pura 3 quest. 9. l. 4. i. ii. 6. part. 3. Farinac. de testibus, quest. 66. num. 13. Noguerol allegat. 12. num. 168.*

50 ¶ Pues con mayor razon deue correr esta sentencia con los testigos referidos, presentados por parte de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, pues por los fundamentos referidos, no solamente estan conuencidos de falsos circa accessoria, si no que lo estan en lo mas principal, y delicado de sus deposiciones, denotando claramente el auerlos hecho solo con animo de complazer a las dichas doña Francisca de Torres, y doña Francisca de Texeda, por ser personas los dichos testigos, que cada vno por sus particulares fines las ha menester, como està alegado, y prouado en el pleyto por don Andres, y don Pedro de Cieza en el termino de tachas, & infra fundauimus.

51 ¶ Y es muy de notar el arrojio, y temeridad con que (entre los demas testigos) depuso Francisco Rodriguez, supra, numero que auiendo dicho los instrumentales tan a gusto de las partes contrarias, y no auiendose atreuido a deponer en la suposicion de la firma del dicho Maestro Puerta. Este testigo contra lo dicho por los referidos, se alarga a dezir, que Gonçalo de Cieza, padre de los dichos don Andres, y don Pedro, le cogió la mano al dicho Maestro Puerta, y poniendole vna pluma en ella, se la fue lleuando para que firmasse: cosa que dene advertirle mucho para conocimiento de los medios con que las partes contrarias han pretendido vencer este pleyto, pues es tan inuerosimil lo opuesto, porq̃ a no estar el dicho Maestro Puerta con capacidad bastante para laber lo que hazia, poco importara que le lleuara la mano; pues quie se la lleuara era preciso que hiziera otra firma, y no la propria, y ordinaria que hazia el dicho Maestro, como està en el codicilo.

52 ¶ Y solo se deuen aprouechar estos testigos a los dichos don Andres, y don Pedro de Cieza, y hazer concluyente prouançã, y plena contra las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, por ser contrarios a su intento, *l. si quis testibus, C. de testib. cap. 3. vers. Si quis 4. quest. 3. Mascard. conclus. 1235. num. 1. Menoch. lib. 1. presumpt. 45. num. 3. Farinac. de testib. quest. 62. nu. 211. D. Valençuela tom. 2. conf. 121. num. 149. Noguerol allegat. 29. n. 80. allegat. 32. num. 92.*

53 ¶ Demas de lo qual los dichos don Andres, y doñ Pedro tienen presentados muchos testigos de la capacidad, con que el Domingo de Ramos, que fue quando se otorgó el dicho codicilo, tenia el dicho Maestro, antes, y al tiempo de otorgarle, y principalmente lo dicen.

D

Don

54 ¶ Don Francisco Guillen de Contreras, que estava en la sala con el dicho Maestro en visita quando entrò el dicho Góçalo de Cieza con el escriuano para hazer el dicho codicilo, y que el Maestro le auia estado preguntando muchas cosas, y auia tenido con el muy larga conferencia, y se fue, y dexò la dicha visita, porque le dixeran que el dicho Maestro queria otorgar vn codicilo, y que a la noche bolviò, y que los criados de la casa, que eran Ysabel Garcia, y Blas de Lechuga, y otros, le dixeran que el dicho Maestro auia otorgado vn codicilo, y dispuesto en el las Capellanias sobre que se litiga, y que no le inuiuaron sentimiento de que el testador no estava en su juyzio quando lo auia otorgado, y solo le dixeran, y le dieron a entender, que las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres no tenían mucho gusto de q̄ lo huiesse hecho.

55 ¶ Don Bernardo Brauo, testigo instrumental, que dize que lo llamaron passando por la calle, a el, y a Francisco de Espinola, y que auian entrado en la sala donde estava el dicho Maestro enfermo, y viò que el dicho Maestro estava hablando, y dando razon de lo que le preguntaua el escriuano, y acabado de escriuir el codicilo, se lo leyeron, y a los testigos, y que el dicho Maestro dixo que lo otorgaua, y que sentado en la cama lo firmò.

56 ¶ Y aunque no està examinado por estas partes al dicho Francisco de Espinola, por no auer estado en Granada en todo el termino de la prueua, se examinò en este particular a Marcos Santos Infante, fol. 58. que dize auerle referido el dicho Francisco de Espinola, como lo llamaron yendo con don Bernardo Brauo, y q̄ auia sido testigo del codicilo que el dicho Maestro auia otorgado, en que fundaua las dichas Capellanias, y finalmente viene a concordar con la deposicion referida del dicho don Bernardo.

57 ¶ Y quando no huiera mas prouança que esta en fuor de los dichos don Andres, y don Pedro, era bastante para que aunque las dichas doña Francisca de Torres, y doña Francisca de Texeda tuuieran concluyentissima prouança con testigos que no padeciesen defecto alguno, se deuia estar a lo que dizen los presertados por los dichos don Andres, y don Pedro: quia magis creditur duobus testibus deponentibus de sana mente, quam mille de mentia, Mascard. *conclus.* 104.8. num. 13. *et* 26. Burg. de Paz *cons.* 7. num. 4. *Surd.* *cons.* 89. num. 7. lib. 1. *Sesse.* *decis.* 56. *num.* 5. D. Castillo *cap.* 22. num. 100. *et* 101. *et* *cap.* 28. num. 25. Barbof. *reor.* *decis.* 74. num. 54. in fine.

58 ¶ Quanto mas asistiendo a los dichos don Andres, y don Pedro de Cieza, prouança de muchos testigos mayores de toda

8
 toda excepcion, y que de sus deposiciones se reconoce quanto se llegan a la verdad, no como los de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, que para que totalmente se coligasen a su voluntad, se valian las susodichas de personas que les estava mal, y se les seguia daño de no condescender con ella.

59 ¶ Como son Blas de Lechuga, Salvador Cobo, Ysabel Garcia, Antonio Delmas, que despues de concurrir en los suso dichos las tachas que por parte de los dichos don Andres, y don Pedro se les han puesto, y la nota de falsedad que queda referido supra, concurre en ellos la de criados de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, que es bastante para reprovarlos, y que no puedan hazer obice a estas partes, vt probatur ex cap. in literis 24. de testibus, Glos. in lib. 2. C. eodem, Cancer. var. in nouiter add. 1. part. cap. 20. num. 13. vers. In ciuilib. Farin. de testib. quest. 55. num. 122. D. Valençuela conf. 121. nu. 124. Rota apud Duran. decis. 148. num. 5. D. Francisc. Hieron de Leon tom. 3. decis. 40. a num. 74. ad 77. usque ad fin.

60 ¶ Don Francisco de Herrera, y el Maestro don Tomas Hermoso, que han sido las personas que induxeron a las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, a q̄ pusiessen este pleyto, y introduxessen el segundo codicilo, de que pretenden valerse, como el dicho don Francisco de Herrera lo afirma, fol. 40. y el dicho Maestro Hermoso, fol. 46. donde dizen, q̄ les dixeron a las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, que mirassen por si, que con las Capellanias que el Maestro auia dispuesto, quedauan destruydas, y auriendolas reducido, y animado que siguiessen este pleyto, han sido y son los suso dichos los que lo lo solicitan, porque no deuen ser admitidos, text. est in c. insup. & ibi gl. in fi. in figuratiōe casus, vers. Item non potest quis, & in verbo admitti de testibus, vbi Abb. & ordin. num. 8. Franc. Marc. decis. del. 1312. queritur quia pro parte, num. 4. 1. part. Graf. decis. 71. nu. 1. Farin. de testib. q. 50. n. 196.

61 ¶ Et reprobandi, quia ex dictis apparet maximam affectionem habere in causa, vt tradit Philip. Dec. conf. 309. incipit: Visis, num. 3. 1. part. decis. Rotæ in antiquis, decis. 11. de testibus, & in solicitatore decis. 12. Rebuff. optimè in affectionem habente, in tract. de probat. & saluat. num. 64. D. Valençuela tom. 2. conf. 121. n. 122.

62 ¶ Y finalmente (para abreuia este discusso) todos los demas testigos presentados, vnos son de mucha edad, a quienes deue deferirse muy poco, por presumirse faltos de memoria, y con siguientemente de capacidad, Mer. och. de arbitr. cas. 26. num. 5. & referens multos alios Dom. Valençuela tom. 2. conf. 105. numer. 74.

63 y todos amigos pobres, y dependientes de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, con que se deue juzgar interelados.

63 ¶ De amicitia, quod testis, qui ea inuehiatur, non futurum non est idoneus testis pro amico, sed nec etiã fore ad testimonium admittendum probatur, *ex text. in l. 3. ibi; Vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat, ff. de testib. Canonica in cap. testes, vers. Si testium fides 4. quest. 3. facit text. in cap. quoties extr. eodem, ibi. Vi uerent se non priuato odio, neque amicitia. Mascard. de probat. lib. 3. conclus. 1357. n. num. 38. qui refert multos valde fulcite.*

64 ¶ Ex paupertate: quod omnino testis pauper repellatur à testimonio, *text. in dict. l. 3. ff. de testib. es ibi glos. verb. egens, & in dict. cap. si testes, §. testium fides, in verbo, locuples 4. quest. 3. Paril. conf. 53. num. 12. lib. 4. Anton. Gomez var. resol. tom. 3. cap. 12. Rubr. de probat. delict. num. 19. Anton. Gabr. de testib. lib. 1. conclus. 18. num. 4. vers. Contrarium, quod pauper, es c. Mascard. de probat. lib. 3. concl. 1155. n. 1.*

65 ¶ Et vltimo, quia ex dicta paupertate habent dependentiam dicti testes, cum dictis D. Francisca de Torres, y doña Francisca de Texeda, a quenes deuen agradar con sus acciones para que les socorran, y ayuden, & testibus interelatis non creditur, sed carentibus interesse, *vt ex dict. l. 3. §. ideoque, ff. de testibus, Carol. Ruin. conf. 46 lib. 4. & alijs tradunt Ioseph. Ludouic. decis. Perusim. 10 num. 9. 1. part. Octavian. decis. Pedemont. 79. num. 40. & decis. Genue 42 num. 2. es 3. D. Valenc. tom. 2. conf. 121 n. 127.*

66 ¶ Ya a esto no se puede responder, que no estan prouadas las dichas tachas, porque las que se admitieron dellas por la falla, se han prouado por los dichos don Andres, y don Pedro con testigos de toda fee, y credito, y mayores de toda excepcion, conque no se les deue dar credito, por estar tachados: nam testes repullati habentur, ac si non fuissent examinati, *Andr. de Isern. in cons. Reg. n. Neapol. quem refert, & sequitur Math. de Afflict. in cons. prosequentes, not. 11. Dom. Valenc. conf. 163 num. 9. y las de mas estan reseruadas, y por los fundamentos referidos no tiene duda, si no que se aura de resolver por los señores Iuezes contra los dichos testigos, pues no ay duda que pueden reprobuarlos, aunque cada vno deponga plenamente, como lo resuelue Bart. in l. Lutus, num. 3. ff. de his, qui notant. infam. D. Franc. Hieron. de Leon tom 3. decis. 40. num. 107.*

67 ¶ Sed adhuc asisten a don Andres, y don Pedro prefunciones vrgentissimas de la buena capacidad con que el Maestro Puerta se hallaua quando otorgò el dicho codicilo.

68 ¶ Et prima est de satis proba, & bene composita dispositione, quæ apparet ex dicto codicillo: debiti autem ordinis ob-

ser-

9
 seruancia, & scripturæ compositionis integritatem adnotant
 sicut in ordinatio defectum, cap. 1. §. si uero de Cleric. egrot. in 6. cap. filij,
 de heret. cod. lib. cap. legitimus 93. dist. Ioann. And. in cap. cum dilectus de
 success. ab intest. Alex. in dist. l. furiosum, C. qui testam. fac. poss. Mantica. de
 coniect. lib. 2. tit. 5. num. 13. Gamm. decis. 262. nu. 2. Rota apud Duran.
 tom. 1. decis. 178. num. 12.

69 ¶ Y porque no puede auer mayor coniectura de el
 buen iuyzio del dicho Maestro, que el modo de disponer el dicho
 codicilo, pues sin quitar herencia, ni parte della a las dichas doña
 Francisca de Torres, y doña Francisca de Texeda dispuso las dichas
 Capellanias de la hazienda que tenia para en fin de los dias de las
 susodichas, cosa que cabia en iuyzio del hombre mas prudente el
 disponerla, Mantica ubi supra num. 7. Afflict. decis. 143 n. 5. Ioseph.
 Ludouic. decis. Perus. 1 nu. 9. Grammat. decis. 73. circa fin. Rota diuers.
 decis. 129. num. 15. part. 2. & apud Duran. dist. decis. 178. num. 13.

70 ¶ Y a esto no puede obstar la pretension de las dichas
 doña Francisca de Torres, y doña Francisca de Texeda, de que
 Gonçalo de Cieza, padre de los dichos don Andres, y don Pedro,
 fue dictando el dicho codicilo por vn papel que lleuaua en la ma-
 no, porque no ay testigo que diga auerlo visto dictar el dicho codi-
 cilo, y solo ha sido animo en el deponer los testigos lo que quanto
 a ello quieren insinuar, y que por los fundamentos referidos estan
 conuencidos de falsos, y supuestos, y no se les deue dar credito, y
 como tambien fundamos, supra, num. al que suspectus est
 de falso in aliquo particulari dicti sui tollitur ei fides in tota eius
 depositione.

71 ¶ Secunda præsumptio est, & uigentissima, que no se
 duda por alguna de las partes, que el dicho Maestro recibiese el
 SANTISSIMO SACRAMENTO el dia que otorgò el di-
 cho codicilo por la mañana, y el Cura, que esta presentado por tes-
 tigo por las partes contrarias depone, que estaua quando lo recibò
 el dicho Maestro de muy buen iuyzio, y capacidad, y que le respò-
 diò a todo lo que el dicho Cura le preguntò, y muchos testigos de
 oydas al dicho Cura.

72 ¶ Y es presuncion esta tan vehemente, que aun no
 auendolo recebido en el mesmo dia, si no en la enfermedad, de
 que muere, es bastante para que conferat ad præsumendam mentis
 integritatē, vt elegāter docet Rot. apud Durā. dist. decis. 178. n. 14.
 his uerbis: His accedit fides Parrochorū, quibus in hoc multum deferri debet,
 attestantium, quod Ioannes Maria in ultima infirmitate in qua fecit testamen-
 tum, es ex qua dementia ortam fuisse prætenditur, & is peccata sua cum sana
 memoria, sensu perfecto, es animi dolore confessus fuit, & sacram Eucharistiam

E

suscepit;

9
suscepit; horum enim Sacramentorum susceptio; non nisi hominibus sane
mentis conuenit, et permittitur; *de l. de Sord. conf. 89. per tot. qui ideo plu-
rimum conseruati ad mentis integritatem presumentiam. y refiere otros desta
sentencia.*

73 ¶ Y para desvanecer estas coniecturas era necesario
que las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Tor-
res tuuiesen en concluyentissima prouança de que al tiempo del otorga-
miento del dicho codicilo el dicho Maestro Puerta estava de-
mentado, vt diximus supr. *num.* y no auiendo la dicha prouan-
ça: si no antes concurrendo tan grande en fauor de los dichos don
Andres, y don Pedro, vt probatum est supr. *num.* deben cor-
rer con llaneza los fundamentos referidos en fauor de los susodi-
chos para que se declare por valido el dicho codicilo.

74 ¶ De otro medio, o excepcion se valen las dichas do-
ña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, para que el di-
cho codicilo se reuocque; que es dezir que no tuvo el Maestro Puer-
ta voluntad de disponerlo, ni fundar las dichas Capellanias que fun-
dó, y se fundarán en que voluntas testatoris est principaliter atten-
denda, *l. fideicommissa, §. item si quis, l. si quis, ff. deleg. 3. l. heredes mei, §. cum
ita, ff. ad S. C. Trebel. l. cum virum, C. de fideicommissis. Simon de P. et. de in-
terpret. ult. volunt. lib. 3. solut. 4. num. 2. Dom. Valenc. tom. 2. conf. 185.
num. 1.*

75 ¶ Y don Andres, y don Pedro responden, que es cier-
to que voluntas testatoris semper est attendenda, pero que el Mae-
stro Puerta siempre la tuvo de hazer, y fundar las dichas Capella-
nias en los susodichos, y lo fundan, ex seqq.

76 ¶ Primo, porque la voluntad del testador se colige de
las palabras que antes de otorgar el testamento le oian dezir mas
ordinariamente, vt tradit Bart. in l. 2. in princip. nu. 40. ff. de vulgar. et
pupil. subst. Et referens multos alios D. Valenc. *di. l. tom. 2. conf. 183. n. 16*
ibi: *Quia una ex efficacioribus coniecturis, es probationibus voluntatis testa-
toris, aut disponentis est, que colligitur ex verbis, que erat solitus dicere, extra
et testamentum, aut dispositionem.*

77 ¶ Y don Andres, y don Pedro tienen examinados
mucho número de testigos, y los mas de los presentados por la otra
parte, que afirman, que el Maestro Puerta siempre dezia, que
avia de fundar vnas Capellanias de su hazienda, para despues de los
dias de sus primas, y que siempre dezia que auian de ser para los hi-
jos de Gonçalo de Cieza, y doña Andrea de Villa-Real su sobrina,
con que auiendo fundado el dicho Maestro las dichas Capellanias
en esta conformidad, y no auiendoles quitado a las susodichas par-
te alguna de la hazienda mientras viuan, carece de fundamento el
pretender que no fue su voluntad.

Quia

78 ¶ Quia voluntas presumitur durare, & continuari, & mutatio non presumitur, l. Lucius, la 2. ff. de legat. 2. optimus text. in cap. maiores, verb. dormientes, de Baptism. & ibi glos. & alij quos refert Alvarad. de coniectur. ament. defunct. li. 3. c. 2. n. 21.

79 ¶ Secundo, porque esta voluntad, probatur coniecturis, quæ colliguntur ex testamento & dispositione, l. cū proponeretur, ff. de legat. 2. l. Gallus, §. 1. ff. de liber. et posthum. ibi: *Quæ ex verbis concipi potest, l. cum virum, ibi: Testatoris verbum comprehensum esse, C. de fideicommiss. l. ab omnibus, ff. de legat. 1. ibi: Cum, & significatio verborum, huic non repugnet sententia, & voluntas testatoris congruat, l. qui filium, §. Sabinum, ff. ad Treb. ibi: Motus equitate rei, & verbis testamenti, Bald. in l. cum virum, cal. 3. C. de fideicommiss. Castrensis in l. in ambiguo, ff. de reb. dub. Tiraquell. in l. si unquam, tom. 6. glos. in verb. libertis, num. 70. ibi: Dummodo meus ipsa ex verbis concipi potest. Hieronym. Grat. conf. 5. num. 14. lib. 2. Simon de Præst. dict. lib. 3. fol. 12. num. 1. & quod constat coniecturis legibus dicitur cōstare euidenter, l. licet Imperator, vbi DD. ff. de leg. 1. & referens alios Dom. Valenc. conf. 185. n. 3. & 4.*

80 ¶ Pues estas partes tienen en su favor la conjeturada voluntad, que de hazer la dicha fundacion, declarò el dicho Maestro en el testamento que otorgò en 24. de Março de 651. en la clausula referida, supr. num. donde auiendo dexado a las susodichas por herederas, para que gozassen de todos los bienes, y dispusiesen dellas a su voluntad, dize.

81 ¶ *No obstante que yo tengo tratado con ellas lo que es la mia, y no saldran della, mas quiero, que nadie les pueda contradizeir, ni dar pesadumbre, porque el intento de todos tres es, que lo poco, & mucho que ay, se gaste en seruicio de Dios Nuestro Señor, &c. Et inferius: Y supuesto que todo es nuestro intento se conuierta en obras espirituales, ellas lo dispondran muy bien, &c.*

82 ¶ Luego el Maestro Puerta no excedió de la voluntad que siempre auia tenido, y solo dispuso por si en el dicho codicilo lo que auia cometido a la voluntad de las partes contrarias, que era la fundacion de las dichas Capellanias.

83 ¶ *Vt notatur ex principio codicilij, ibi: Declara, que su voluntad ha sido, y es de fundar dos Capellanias de su hazienda, y desde luego, aunque doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres sus primas ay an de gozar, y gozen de la dicha su hazienda por los dias de su vida, en esta conformidad dispone, y manda que la una se funde, &c.*

84 ¶ Tercio, & vltimo, porque las susodichas reconocieron la buena fe, legalidad, y determinada voluntad que en el dicho codicilo auia interuenido quando introduxeron el de que pretende valerle para reuocar este en quanto al vino, de que en el se dispone, pues aun auiendo interuenido en el los defectos que despues propon-

propoñdremos que lo hazen de ningun efecto, todavia lo confir-
maron in illis verbis.

85 ¶ Y que las Capellanias que mandò erigir, en que nombro por Ca-
pellanes a don Andres, y don Pedro de Cieza, hijos de Gonçalo de Cieza, y doña
Andrea de Villa-Real su muger, sean, y se entiendan se han de imponer, y erigir
de todos los bienes r. yz es que quedan por mis bienes, conforme lo tengo declara-
do en el dicho codicilo, y en todos los bienes r. yz es se haga la dicha ereccion, &c.

86 ¶ Y aunque don Andres, y don Pedro han dicho de
nulidad deste vltimo codicilo, y esperan que por tal se declare por
los fundamentos que en el articulo siguiente se propoñdran, toda-
uia se pueden valer del, aun en caso que ya estuvielle declarado por
nulo, porque ex actu nullo probatur voluntas, l. fin. ff. de reb. cor. qui
sub tutel. 3. Rota apud Duran. decis. 40 num. 28. ibi: Secundo ex alia do-
natione, qua precesserat matrimonium, cuius in hac secunda de qua agitur, fuit
facta mentio, qua quamuis nulla defectu solemnitatis probat voluntatem.

87 ¶ Et non minus probatur, quam ex actu valido, l. 3. ff.
de confirmat. tut. l. 2. vers. Sed voluntas; C. eodem, l. fin. ff. de rebus eorum, l.
legatum sub conditione 24. §. pater tortos, vers. Sed & si non valeat, ff. de
adim. legat. l. in testamento 38. ff. de fideicommiss. libert. l. filij 16. vers. Sed &
si, & l. fin. C. famil. erisc. l. puberem 12. C. de iur. deliber. l. 2. C. de fideicommiss.
& post multos quos refert D. Vela tom. 2. dissert. 47. num. 50. Con q̄
no parece puede dudarse que fue la voluntad del dicho Maestro el
disponer las dichas Capellanias, como con efecto lo hizo, y que es
maliciosa la ojeccion, y que no se deue admitir.

88 ¶ Como expressamente la ley non aliter deleg. 3. ibi: Non
aliter à significatione recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse tes-
tatozem.

89 ¶ Y mas deste punto la l. ille, aut ille, eod. tit. ibi: Cum in
verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio.

90 ¶ Y es muy digno de ponderacion para excluyr la
pretension de las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Fran-
cisca de Torres, de que el dicho Gonçalo de Cieza supuso el dicho
codicilo, y lleuò consigo los testigos para otorgarle, pues del mis-
mo codicilo resulta el reconocimiento de la buena fee, con que en
su otorgamiento se procediò, pues no es verosimil que el dicho Go-
çalo de Cieza, en casa donde las partes contrarias eran tan dueños,
auia de intentar semejante suposicion contra la voluntad de las su-
fodichas. Y lo que nos saca de toda duda es. Lo vno, que como cõ-
ta por el dicho codicilo, el dicho Gonçalo de Cieza estubo tan age-
no de llevar testigos, que fuessen de su parcialidad, que lo tueron en
el Antonio Baptista, Blas de Lechuga, y Antonio de Montoto,
criados de las partes contrarias.

91 ¶ Lo otro, porque las dichas doña Francisca de Texe-
da, y doña Francisca de Torres fueron sabidoras aun mucho tiem-
po antes que el dicho Maestro Puerta otorgasse el testamento por
el año de 651. como lo han prouado estas partes con mucho nume-
ro de testigos, y la dicha doña Francisca de Torres se hallò presen-
te al otorgamiento del dicho codicilo, como assimismo està pro-
uado, y sus mismos testigos lo declaran, y que despues tratarò (mal
induzidas) de que el dicho Maestro reuocasse lo que auia dispues-
to (cosa que el susodicho no quiso hazer) como lo declara fray Chri-
stomo de Granada, Religioso Capuchino, fol. 56.

92 ¶ A cuya deposicion deue deue deferirse mucho, por
ser Religioso Sacerdote, y no deponer en su fauor, ni de su Comu-
nidad: calidades que le hazen mayor de toda excepcion, *Inf. in l. qui iurisdict. num. 10. ff. de iurisdict. omni. iudic. es in l. admonendi 180 ff. de iure iur.* y otros que refiere Menoch. *conf. 45. num. 26.* Y mucho mas concurriendo con la dicha deposicion las de don Francisco de Her-
rera, y el Maestro don Tomas Hermoso, testigos presentados por
las partes contrarias, que declaran aconsejaron a las susodichas pro-
curassén que se deshiziesse el dicho codicilo, y que ellas lo pusieron
en execucion, quibus adminiculis podremos entender en este caso
la decil 195 de la Rot. apud Paul. Dur. *tom. 1. nu. 1. & 2.* donde afir-
massé determinò, que el testigo vnico, mayor de toda excepcion,
rationem de suo dicto redens, nec sit interrelatus, plenè probet.

93 ¶ Ex quibus se reconoce el poco ajustamiento que las
partes contrarias han tenido en sus alegaciones, y que antes dellas,
y de sus prouanças resulta el conocimiento de la buena fee, y poco
interes, con que Gonçalo de Cieza, y estas partes procedieron a el
tiempo del otorgamiento de el dicho codicilo, y continuan en el
discurso deste pleyto.

94 ¶ De otro medio se valen las partes contrarias para
frustrar la fundacion de las dichas dos Capellanias, que es dezir, q̄
caso que se huuiesse de imponer las dichas Capellanias, auia de
ser en vna de tres partes de la hazienda que el dicho Maestro dexa-
ua por su fin y muerte; porque quando las susodichas auian ydo
a casa del susodicho por muerte de sus padres, auian llevado a su po-
der cantidad de hazienda, y que con esta se auia conservado com-
pañia con el dicho Maestro, con que solo auia podido disponer de
vna de tres partes de la dicha hazienda.

95 ¶ Verum his non obstantibus, las dichas Capellanias
hã de mãdarse fundar en todos los bienes a ellas señaiados, y poner
perpetuo silencio a las partes contrarias.

96 ¶ Lo vno, porque esta compañía no està verificada

por las partes contrarias, ni por contrato reducido a instrumento publico, ni menos esta prouado que fuese contrato verbal, porq̄ este auja de prouarse con testigos, y los presentados por las partes contrarias no solo no lo conluyen, pero ni aun lo infirma: & quod magis est, ni las partes contrarias han alegado, ni articulado que forma tuuiesse este contrato de compañía que pretenden, ni sobre q̄ bienes se contraxesse; si fuese de todos los que se adquiriesse, o de alguna parte dellos, o si fuese para algun trato, o grangeria particular, con que auremos de recurrir a otro medio, a ver si por el venimos en conocimiento desta compañía, que las partes contrarias pretenden introducir, y con ella ser dueños, y tener dominio en las dos partes de las tres de la hazienda del dicho Maestro Puerta.

97 ¶ Este vltimo medio lo refiere Bald. *conf. 19. num. 1. volum. 1. cum alijs.* Y es si esta fuese societas tacita, que contrahitur tacito consensu.

98 ¶ Sed adhuc este vltimo medio no asiste en fauor de las partes contrarias, porque les resisten los fundamentos siguientes.

99 ¶ Primò, quod ista societas tacita debet probari per actus sociales, illam necessario inferentes, Bald. *dict. conf. 19. num. 1. volum. 1. et conf. 125. num. 2. volum. 5. Angelo conf. 31. in fin. Rota diuers. 2. part. decis. 169. n. 6.*

100 ¶ Secundò, porque no consta ex actibus socialibus.

101 ¶ Lo vno, porque nunca el Maestro Puerta comprò cosa alguna, ni vendió, ni por el consigoiente las partes contrarias que lo hizieron: *Communi nomine tanquam socij, quod damna, & lucra participauerint inuicem, nec quod in communi questum retulerint;* como expresamente lo notò por requisito esencialissimo Bald. *dict. conf. 125. num. 2. volum. 5.*

102 ¶ Lo otro, porque es acto muy necesario para prouar la compañía el que de vna parte a otra se comuniquen las ganancias, Bald. *vbi proxime, et conf. 19. num. 1. volum. 1. Bart. in l. Titium, §. altero, num. 3. de administr. tu v. l. et in tract. de duobus fratribus, num. 10. Rota diuers. 1. part. decis. 625. num. 1. et 2. part. decis. 169. num. 5. et 7.* que refiere a otros muchos, y entre ellos a Angelo *conf. 85. dub. 3. circa fin.* que requiere para esta prouea de compañía, que ay a rca donde se pudiesen las ganancias adquiridas por vna y otra parte.

103 ¶ Y aqui no solo no consta auerle comunicado las ganancias de vna parte a otra, antes lo contrario, porque las partes contrarias solo cuydauan de poner en execucion las cosas que el Maestro les ordenaua, entregando al susodicho todo el dinero que procedia de su hazienda, de suerte, que a el solo reconocian, así las partes

partes contrarias, como las demas personas desta ciudad por due-
 no de toda la hazienda: circunstancia que deve notarse mucho pa-
 ra excluir la dicha pretensa compañia, y mas no constando de la
 forma con que se efetuò, como lo advierte Bald. *dist. conf. 125. nu. 2.*
ibi: Vnde melior ratio videtur, quia non constat de forma iunite societatis, nec
quod fuerit inuita ad emendum, & vendendum communi periculo, & possibile
est, quod aliqui simul stant ad vendendum in aliqua taverna, vel statione; ta-
men non sunt socij; sed unus eorum est dominus, alter est infitor. unde non vi-
detur, quod sit concludenter probatum de societate contra ad emendum; quia isti
actus possunt explicari citra ius, & nomen societatis.

104 ¶ Y la Rot. *divers. 2 part. decis. 169. num. 8. inquit: Et in*
hac opinione magis domini se confirmabant, quia Antonius communi et repataba-
tur dominus, ut dicit secundus testis.

105 ¶ Con que estando prouado este requisito por estas
 partes, no por vn testigo solo, si no por tanto numero dellos, sin du-
 da alguna ha de obrar mucho en el animo de los señores Iuezes, pa-
 ra que no se de lugar a oposicion que tan poco fundamento tiene,
 como la de la dicha compañia.

106 ¶ Ceterum, por que para que se presume formada
 compañia, requiritur pecunia numerata, ex Scacc. *de comm. q. 3. nu.*
229. & seqq. fol. 41. & fol. 66. n. 391. & seqq.

107 ¶ Pero esta presuncion antes les defayuda a las par-
 tes contrarias, porque aunque las luò dichas examinaron mucho
 numero de testigos, no ay alguno que en este hecho deponga.

108 ¶ Lo otro, porque tampoco no consta, ni esta veri-
 ficado por las partes contrarias si fueren auiles para contrair com-
 pañia al tiempo que supone se formò: requisito que tiene por muy
 necessario ad talem societatem inferendam, Bald. *dist. conf. 19. n. 1.*
vol. 1. ibi: Et sunt habiles ad societatem contrahendam. Antes les resiste su
 misma alegacion; porque dicen: que desde que fueron a casa de el
 Maestro Puerta, lleuaron el caudal que auian heredado de sus pa-
 dres, y que desde entonces se ha de entender formada la dicha com-
 pañia. Con que siendo asy que no es dudable, que quando fueron
 a casa del dicho Maestro eran menores de edad, claramente se ma-
 nifiesta, que es maliciosa su pretension; y que, caso negado, que en
 dicho tiempo huuiessen contraido el dicho contrato de compa-
 ñia, seria notoria su nulidad, por ser menores, en quienes no cabe cò-
 tracto perfecto.

109 ¶ Lo otro, porque aunque las partes contrarias que
 ran valerse por presuncion en su fauor de la habitacion que siempre
 tuvieron con el dicho Maestro Puerta, no es de fundamento: porq
 esta no es bastante para que se entienda formada compañia, ni de
 ella

ella deua presumirse, Alciat. in tract. de presumpt. i. regul. presumpt. 23. num. 11. *¶* dec. conf. 548. num. 5. Bald. r. bi. supr. dist. conf. 125. numer. 2. vol. 5. Rota. diuers. 2. part. decif. 169. num. 3. ibi: Tamen domini in presenti dubitatione dixerunt, coniecturas adductas non esse sufficientes ad inducendam societatem uon oratorum communis habitatio, et communis coita fratrum per se sola non sufficit. Y lra. de que no es dudable que estas partes tiene prouado concludentissimaete, que el auerlas lleuado el dicho Maestro Puerta a su casa, fue por ampararlas como a cjuaturas que entõces eran las susodichas, y que estauan en suma pobreza, y muy desamparadas.

119 *¶* Ni obsta lo que las partes contrarias han querido introducir de que lleuaron a poder del dicho Maestro Puerta cantidad de dineros, y vn pedazo de viñas en el camino de laen, y que desto se fundò dicha Capellania.

141 *¶* Porque a esto se satisfaze. Lo vno, cõ que no consta de dinero alguno que las susodichas lleuassen a poder del dicho Maestro, ni que los heredassen de sus padres, porque sus testigos en este particular de herencia solo deponen vnas oydas vagas, y singulares, y deue obstarles mucho la confesion, que a pedimiento destas partes hizieron las susodichas, en que (en lo que toca a este particular, y el de la compania) se remitieron a lo dispuesto por el dicho Maestro en el testamento, y codicilo ordenados por el susodicho, y auiendo dicho en el testamento las palabras contenidas en la clausula que referimos supr. num. 2. vienen a estar conuencidas, assi de no auer lleuado marauedis algunos a poder del dicho Maestro, como del poco fundamento de la pretenfa compania.

112 *¶* Y el dezir en la clausula siguiente, quam retulimus supr. num. 3. que tanto derecho tenian las partes contrarias a dicha hacienda, como el dicho Maestro, fue ponderacion del susodicho, como dellas mismas consta, y està prouado concludentemente, assi con testigos presentados por estas partes, como por las contrarias, y se manifesta ser esto verdad, por auer admitido las susodichas el nombramiento de herederas en el testamento, con carga de convertir todos los bienes en espirituales despues de los dias de sus vidas. Y por auerse contentado las susodichas con ser usufructuarias, como despues fundaremos.

113 *¶* Lo otro, esto se conuence mas con la escritura de dote que estas partes han presentado, otorgada por el dicho Maestro, a fauor de doña Maria de Torres, hermana de vna de las partes contrarias, donde expressamente declara el dicho Maestro, que la dicha dote la dà por amor de Dios, y obliga a Iuan Beltran, que fue con quien casò la susodicha, a que boluie a el dicho Maestro

la dicha dote, caso que ella muriese. Y consta, que auiendo muerto la dicha doña Maria, el dicho Maestro executo al dicho Iuan Beltran, y cobro la dote.

114 ¶ Y asimismo han prouado estas partes, que tratan dote otro casamiento a doña Francisca de Texeda vna de las partes contrarias, no se efetuò por no querer el dicho Maestro darle en dote bienes que fuesen de algun valor; mas que vn horno en la calle Real, cuyos censos no equialen a todo su valor, y otras cosas de esta calidad: y deponen los testigos destas partes, que el vno es Iuan Polo, persona que tratò el dicho casamiento, que pidiendo al dicho Maestro aumentasse algo que fuesse de sustancia a la dicha dote, auia respondido el f^o dicho, que no queria, que demasiado hazia en dar por amor de Dios lo que auia prometido.

115 ¶ Y estos particulares no denotan que tuuiesse el dicho Maestro caudal alguno de las partes contrarias: antes a todas luzes se reconoce, que solo trataua de ampararlas; y fauorezerlas como a pobres desvalidas (afecto no biè correspondido en escasear lo que tan en prouecho del alma del susodicho dispuso) como asimismo està prouado concluyentemente por estas partes, y quando pobres fueron las susodichas a poder del dicho Maestro:

116 ¶ Ayuda mas este intento el que se halla declarado por el dicho Maestro en el codicilo en que fundò las dichas Capellanias en la clausula que referimos sup^o num. 7. donde despues de auerle puesto a la primera Capellania cinquenta Missas de grauatien, durante las vidas de las partes contrarias, dize: *Y despues de los dias de las vidas de las susodichas, tenga obligacion el dicho Capellà, y los demas que sucedieren en dicha Capellania, de dezir trezentas Missas en cada vn año por el anima del otorgante, y de sus padres, y de personas a quien ha tenido, y tiene obligacion.* Y mas abaxo buelue a poner la calidad de que las partes contrarias ay an de gozar del vsufructu de toda la hazienda.

117 ¶ De que se reconoce, que la asistencia que le hizieron las partes contrarias al dicho Maestro, y amor que el susodicho por ella, y por su criça les tuvo, solo se lo quiso pagar conq^o miedos viuiessen no echassen nada menos de lo que mientras viuiò el susodicho auian gozado; pero en falleziendo las susodichas, dispone de su hazienda como propia suya, para su alma, y para las de sus padres, y para otras personas a quien tiene obligacion, sin dar parte en dichas Capellanias a las partes contrarias (a lo menos expressamente) y no ay duda, sino que fue considerando que era tan quantioso el vsufructo de que auian de gozar con la dicha hazienda, que por si podrian despues de sus dias fundar otras Capellanias de lo que huiessen adquirido:

118 ¶ Lo otro, porque en quanto a la viña, que pretendé era de sus padres en el pago de Xaen, tiene menos fundamento, por que estas partes tienen presentado testimonio por donde consta, q el Maestro comprò dicha viña de Pedro Ruiz Bezerra, vezino de Yator de Jubiles en la Alpuzarra, en 29. de Nouiembre de 1605. Y assimismo escritura de venta que el dicho Maestro haze a Andres Sanchez de Bustancillas de dicha viña en 20. de Diziembre de 644. haziendo relacion que es suya propria, y que como tal la vende.

119 ¶ Y aunque por las partes còtrarias se replique a esto con vn poder otorgado por Agosto del año de 644. en que D. Francisca de Texeda, vna de las partes contrarias lo dà a el dicho Maestro para que pida la possession de los bienes que huuierè que dado por muerte del Licenciado Texeda, hermano de la susodicha; y assimismo vn mandamieto de possession, despachado en 9. del dicho mes y año, para que el dicho Maestro la tome de qualquiera bienes que parecieren ser del dicho Licenciado Texeda.

120 ¶ Esto no tiene fundamento, porque no consta que el dicho Maestro visasse del dicho poder, y aunque quieran inferir lo contrario de lo subsiguiente, que es el dicho mandamieto al dicho poder, todavia no obsta, porque no consta que pedimieto se hiziesse para conseguir el dicho mandamieto, y les obsta el que no se despacha, para que tome el dicho Maestro la possession en nombre de la dicha dona Francisca de Texeda; sino por si solo, cò que concurre, que siendo, como es, notorio por el pleyto que el Maestro diò esta viña al dicho Licenciado Texeda, para que se ordenasse de Orden Sacro a titulo della por hazerle buena obra, no es adelantar mucho la presuncion el reducirse a entender, que haria esta buena obra con el grauamen que la carta de dote referida, y assi trataria de recuperarla, como lo hizo, y despues la vendiò, no en virtud de poder que para ello hiziesse relacion tenia; sino como suya propia; conque parece queda satisfecho el que las partes contrarias no lleuassen hacienda alguna a poder del dicho Maestro Puerta, y consiguientemente que no pusieron capital alguno en que còsistiese la pretensa compania, y còn que pretendan llevarse la hazie da del dicho Maestro.

121 ¶ Lo otro, porque haze por estas partes vn fundamento grauissimo, para que se excluya la dicha compania, que es la presuncion que resulta de hallarse todos los contratos de venta, y compra del dicho Maestro Puerta, solo por el susodicho, y sin q en ellos interuengan las partes contrarias. Bald. in l. si ut proponis, num. 6. C. de rescindend. vendit. Bald. cons. 125. num. 1. ex volum. 5. Rota;

diuers.

diuers. 1. part. decis. 625. num. 2. ibi: Accedit, quia potius constat de non tali communicatione propter instrumenta acquisitionum factarum per ipsum sartorium nomine ipsius proprio.

122 ¶ Conque no parece se püede dudar, que aqui no ay fundamento para que se pueda tener por prouada la dicha compañia, y configuientamente no auendolo hecho las partes contrarias, no tienen derecho a lo que pretenden por ella, Bald. *dict. consil. 19. num. 1. vol. 1. ibi: Dico quod in diuisione istorum fratrum illud, quod super lucratus fuit, A. idemq; frater suis laboribus, es sua pecunia, vel adquisita, nullatenus venit communicandum, nisi probaretur, quod societas esset contracta inter eos tacite, vel expresse.* Y mas abaxo dà la razon, y dize: *Quoniam adquirentes sunt sui iuris, nisi essent quesita communi nomine, es hoc probaretur.*

123 ¶ Demas de que las susodichas en la peticion en que introduzen esta pretension de compañia, la fundan, diziendo, que la hazienda que auian lleuado a poder del dicho Maestro, la auia tomado el susodicho en tutela, y que con esto se auia formado compañia, con que claramente se reconoce el corto fundamento que puede tener, pues el que las partes contrarias dan a dicha compañia, es el auerse formado tutela, de que no se colige conrrato de compañia. Y aun en este particular les obsta el auer declarado a pedimiẽto destas partes, que no saben que se formasse tutela, ni ante quien passasse.

124 ¶ Y caso negado que fuẽsse cierto huuiessen lleuado a poder del dicho Maestro Puerta hazienda alguna las partes contrarias, y con ella huuieran formado la compañia que pretenden, para que della huuiessen procedido las ganancias, sobre que las susodichas litigan: todauia no tienen derecho a ellas, porque al tiempo que el dicho Maestro Puerta otorgò el codicilo, en que fundò las dos Capellanias en estas partes, no es dudable que doña Francisca de Torres, vna de las partes contrarias, se hãllo presente a el, y a lo que por el se dispuso, con que fue visto prestar consentimiento (en caso que fuẽsse necesario que la susodicha lo diẽsse) y configuientemente prejudicarse, *opt. text. in l. Lucius Titius 53. & ibi glos. verbo, presente de manumib. testam. l. si seruus, S. si furnum, & ibi glos. ff. ad l. Aquil. D. Valençuela tom. 1. conf. 33. num. 197.* Y mas no contradizendolo, *l. soluto 2. S. voluntatem, ff. solut. matr. opt. text. in l. cum osten dimus 4. S. fideiussores, ff. de fideiuss. es nominat. Rot. diuers. 3. part. libr. 2. decis. 195. num. 3.* porque taciturnitas zquipolet consensui, *l. si et proponis 5. C. de nupt.*

125 ¶ Y esto con mayor razon deue ser de perjuizio a quien sabiendo el daño que se le seguia, y pudierdo con su contradicion prohibirlo no lo hizo, antes estuuo callando, vt expresse nõ tatur

tatur in l. scientiam 46. ff. ad l. Aquil. Ibi: Scientiam hic, pro patientia accipi-
mus, ut qui prohibere potuit, reueatur, si non fecit. l. scire, §. cur amie. ff. de re iud.
Surd. decis. 302. num. 2. quia res aliena non potest inuito domino ob-
bligari, l. 1. §. 1. vbi glos. Bart. & alij, ff. de pignor. l. rem alienam, vbi om-
nes DD. ff. de pignor. at. ad Negulant. de pignor. 3. membr. 2. part. nu. 5 2.
Surd. vbi supra, num. 10. Y en este caso particularmente ha de pre-
judicarles el auer callado, por ser disposicion fauore p[ro]x[im]a causæ, vt
per Socin. Bald. & alios, quos refert D. Greg. Lop. in l. 23. tit. 3 4. part.
7. glos. 1.

126 ¶ Y que la dicha doña Francisca de Torres pudieffe
estorvar la dicha disposicion, replicando al dicho Maestro, que dis-
ponia de lo que no era suyo, si no de la susodicha, y su prima, no tie-
ne duda alguna, pues era tan dueños de la voluntad del susodicho,
que a no ser vna cosa tan justificada la que hizo, y tan sin perjuizio
de las susodichas, no lo pusiera el en execucion, ni las susodichas se
lo permitieran.

127 ¶ Y aunque se ha querido dar a entender por las par-
tes contrarias, que la dicha doña Francisca de Torres no se hallò
presente a todo el dicho codicilo, y que asi no tuvo noticia del, no
tiene fundamento, porque està prouado que la susodicha se hallò
presente, y aunque se aya de limitara que no estubo en toda la dispo-
sicion, no se libra de la presuncion de la noticia, ciencia, e intelligen-
cia que della tuvo, Castrenf. cons. 56. dub. 3. vol. 1. Alex. cons. 36. col. 2
volamin. 2. Crauet. cons. 108. num. 2 Cephal. cons. 439. num. 55. & alij,
quos refert Surd. decis. 4. num. 8. & decis. 216. num. 10.

128 ¶ Y si se quisiere oponer, que caso que la dicha do-
ña Francisca de Torres huuieffe tenido noticia, y inteligencia de
la dicha disposicion, y por ella deuiera pararle el perjuizio que que-
da fundado: esto no deve ser en perjuizio de dona Francisca de Te-
xeda, se respone, que a ambas a dos deve perjudicar; porque scien-
tia vnus alteri nocet, l. mulier. §. C. de sponsal. l. sed Iulianus 9. §. non solum,
& ibi glos. verb. vtrique nocere. ff. ad Sen. Consult. Macedon.

129 ¶ Et vltimis, porque las partes contrarias procura-
ron despues que fueron aconsejadas, para quedarse con toda la ha-
zienda del dicho Maestro, que el susodicho reuocasse las dichas fun-
daciones de las Capellanias, y auiendo hallado en el resistencia; co-
mo està prouado por estas partes, aguardaron a que estuieffe casi
muerto, y compusieron otro codicilo, que en el articulo siguiente
impugnaremos, y asiendolo dispuesto tan a su plazer, no reuocarò
en todo el dicho primer codicilo; sino dexandolo en su fuerza, y
vigor, solo lo reuocaron en quanto a la disposicion en el hecha de
el vino, y tonces, y declararon auerse de fundar las dichas Capella-
nias en los demas bienes a ellas señalados.

130 ¶ De que resulta: lo vno, que quando huuiesse auido compañia, y por ella huuiesse de lleuar las partes contrarias las dos partes de la hazienda que pretenden, han perdido el derecho q̄ a ellas tenian con este consentimiento.

131 ¶ Lo otro, y conq̄ totalmēte se excluye el atter auido compañia, porque las partes contrarias con solo la reuocacion referida, que dispusieron en el segundo codicilo, quitando toda la cantidad del vino a la primera Capellania, se dieron por satisfechas: de modo, que siempre estuuieron callando, y passaron por la disposicion de dichas Capellanas, hasta que estas partes les pusierō demanda, pretendiendo la reuocacion del dicho vltimo codicilo, por los defectos que diremos en el articulo siguiente.

132 ¶ Damos fin a este primero articulo con otra oposicion que se ha hecho por las partes contrarias, diciendo, que el Maestro don Andres de Cieza, y don Pedro de Cieza, no son parientes en grado alguno con el dicho Maestro Puerta: y aunque esto tiene poco fundamento, por no auer prouado, en quāto a ello, las susodichas cosa alguna, y por no ser este caso en que aya de suceder por derecho de sangre: toda via satisfaremos a esta oposicion. Lo vno, conque estas partes tienen prouado el parentesco, conque siempre se trataron ellos, sus padres, y abuelos con el dicho Maestro, sin que aya cosa en contrario.

133 ¶ Lo otro, que quando quieran hazer las partes contrarias gran fuerça en sus prouaças: por lo menos dellas no podran dexar de confesar la grāde amistad con que el dicho Maestro Puerta se comunicò con estas partes, dandoles siempre nombre de sobriños a los susodichos, y a doña Andrea de Villa-Real su madre, y primo a Andres de Villa-Real, padre de la susodicha.

134 ¶ Y que la amistad no es menos fuerte vinculo que el parentesco, lo notò Valer. Maxim. in probem lib. 4. cap. 7 ibi: *Con-templemur amicitia vinculum, potens, & per validum, nec ulla ex parte sanguinis viribus inferius. Et inferitur ex l. sed si plures, § in arrogato, ibi: Amicus, vel cognatus, ff. de vulgari, & populari substitutione, l si feruus plurium, § fin. ibi: Legatarij charitas, & necessitudo, ff. de legat. 1. l. theopompas, ibi: Amici, es cognati, ff. de dot. praleg. l. affect. ibi: Amicos, es necessarios, ff. de donat. Tiraquel. in l. si inquam, verbo libertis, num. 100. l. de reuocand. donat. es in tract. de penis temperandis, caus. 22. num. 4. a donde alega por esta opinion a Santo Thomas 2. 2. quest. 27. y a San Antonh. de Flor. in 4. part. summ. tit. 16. c. 5. lo mismo sigue Riminald. Conf. in tract. de iudicat. iuris, lib. 1. cap. 33. num. 1. Tiber. Decian. tract. crimin. lib. 3. cap. 5. num. 13. vers. remanet, Menoch. conf. 683 num 23. lib. 7.*

135 ¶ Immo, quod plus est amicitia aequat, & superat

fraternitatem, Tiraquel, *de pen temp. dicit. conf. 2 2 num. 10.* vbi alios refert Camil. Borel. *in rep. pragmat. od saluum*, S. 1. glos. 3. nu. 105. Alciat. *de presump. regul. 1. presump. 28. num. 3.* Menoch. *in eodem tract. lib. 3. presump. 124. num. 29* et *conf. 683. num. 24.* Surd. *tract. de alimentis, tit. 6. quæst. 2 i. num. 4.* Decian. *conf. 46. num. 69. lib. 2.* Et *conf. 51. num. 58. lib. 4.* adonde alega las palabras del cap. 3. de los Prouerbios in fin ibi: *Vir amicus abili ad societatem, magis amicus erit quam frater*, y seprueua de la l. cum allegas, C. de Castre. p. cap. milit. lib. 12.

136 ¶ Y muchos dixeron, que la amistad supperat parentum affectionem. Tiraquel. *in dict. l. si conquam*, verbo *libertis*, nu. 101. Surd. *dict. tract. de aliment. tit. x. quæst. 11. num. 15.* Borel. *dict. glos. 3. nu. 89.* y estas conclusiones, y otras muy importantes a esta materia, adorna con copiosissimas alegaciones Carolo de Graf. *tract. de effectib. amicit. à nu. 81. usque ad 89.* post tract. de effectibus Clericatus.

137 ¶ Y así por todos los medios referidos parece queda fundada la intencion destas partes, así para que se declare por valido el codicilo en que se fundaron las dichas Capellanas, sobre que se litiga, como para que así mismo se manden fundar en todos los bienes a ellas señalados, como propios del dicho Maestro Iuan de la Puerta.

Articulo Segundo.

138 **E**N Este articulo entran estas partes con notoria justicia: pues se hallan con vn codicilo en su fauor, que es el que auemos fundado en el articulo antecedente, el qual es hecho interuiniendo a el todas las solemnidades de derecho, y tiam dictum est supra. Con que se hallan con no poco esfuerso para vencer el de que pretenden valerse las partes contrarias, que padeze tan notables defectos, como le opondremos.

139 ¶ El primer defecto es el auerse dispuesto, preguntando al Maestro Puerta (poco antes que falleciesse) si queria que el vino, y toneles de que auia dispuesto en la fundación de las dichas Capellanas, quedasse para sus primas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, y que en los demas bienes rayzes que dassen fundadas las dichas Capellanas, y que el dicho Maestro auia hecho demonstraciones de conceder con lo que se le preguntaua. Con que pretenden las partes contrarias, tiene bastante firmeza este segudo codicilo, y q̄ que se ruocado el primero en aquella parte de los vinos, &c.

140 ¶ Y aunque no está muy llano por estas partes el que

que el Maestro lo pudiesse otorgar, como despues fundaremos: de lo dicho (en que no se pone duda por las partes contrarias) claramente se reconoce, el que quando se aya de estar a lo que las susodichas pretenden, el dicho vltimo codicilo, de que pretenden valerse, fue otorgado ad interrogacionem.

141 ¶ Y si bien no es dudable, que ha auido larga question, y diuersas opiniones, sobre si testamentos desta calidad deuen tener firmeza, ò no, causada toda la duda de la *glos. in l. iubemus*, S. *opportet, verb. quemadmodu, C. de testament.* como lo refiere D. Castill. *lib. 4. cap. 27. à num. 54. cum seqq.*

142 ¶ Pero la opinion contraria de que tales testamentos tengan notoria nulidad, han seguido sin que el caso tenga circunstancias algunas, grauisimos Doctores, como fueron despues de los Antiguos Iul. Clar. *sentent. lib. 3. S. testamentum, quest. 37. nu. 4.* que en tanta manera se desagrado de la otra opinion, que dize: que fuera sumamente conveniente, que se hiziera ley, que totalmẽte diera por nulos esta especie de testamentos; sino es viuendo el testador tres dias despues dellos, y con entero juyzio, la misma opinion siguen Bertrand *cons. 194. num. 3. lib. 3. in 2. part.* Socin. *Iun. cons. 8. num. 3. lib. 2. Menoch. cons. 45. per tot. lib. 1. Cañcer. vtr. tom. 1. cap. 4. num. 84. 25. à num. 123. latissimẽ plures refertens Ciriac. contro. uers. tom. 3. contr. 549. per tot.*

143 ¶ Y mas quando el testador se halla tan agriauado de la enfermedad, que no puede hablar entonces, conque falta el requisito principal de derecho, que dispone, que palam, & ore proprio nombre herederos, l. *heredes palam*, ff. *de testament. l. inuemus 29. C. eodem, l. 6. tit. 3. part. 6.* Anton. *Gom. l. 3. Taur. num. 110.* Roderic. *Suar. allegat. 1. num. 30. Menoch. post alios, cap. 45. num. 16.* D. Castill. *lib. 4. cap. 27. num. 20.*

144 ¶ Y faltando este requisito, se juzga el testador por incapaz, y casi muerto, *dist. l. inuemus, ibi: Si enim talis est testator, qui neq; scribere, neq; articulatẽ loqui potest, inuoluntalis est, et falsitas in doquirs committitur.* Castrenf. *cons. 155. num. 2. Mantie. de coniect. lib. 2. tit. 6. num. 3.*

145 ¶ Y conseqüentemente por inualido el testamento en que a pregunta de alguna persona responde el testador: Si: como en terminos, haziendo limitacion a la *glos. in dist. l. inuemus*, *l. ff. ibid. num. 13.* Roman. *cons. 306. num. 1.* Paul. *Castrenf. inst. bar. consultif. sum. S. at. cum humana fragilitas, num. 2. C. qui testament. facere poss. Ruin. cons. 9. num. 14. vol. 2. Bec. cons. 86. num. 21. Paschal. *de vtr. patr. potest. 2. par. cap. 8. à num. 54.* Mantie. *lib. 2. tit. 6. nu. 5. vers. posteriorẽ*, *Capic. Latr. cons. ult. 71. à num. 35. Cañcer. tom. 1. vtr. cap. 4. num. 134. Menoch.**

noch-conf. 45. nu. 18. & 22: 23. & 24. Crauet. conf. 117. nu. 3. Ciriac.
di. controuerf. 549. à num. 67. ad 70.

146 ¶ Y para excusar toda presunción era necesario, que el testador ex se ipso aliquid loqueretur. Caneer. tom. 1. di. cap. 4. num. 137.

147 ¶ Y aqui, no solo no habló el testador aliquid ex se ipso, pero aun no respondió cosa alguna a lo que le preguntaron; aun que le importunaron mucho, así lo deponen los testigos instrumentales, que son.

148 ¶ Don Francisco de Herrera, fol. 40. que dize, que estaua muy agrauado el dicho testador, y que tenia el pechó leuanto, y para espirar, y que le preguntaron si queria reuocar el codicilo en que fundaua las dichas Capellanias, en quanto a el vino, de que auia dispuesto, y dexarlo a sus primas, y que el dicho testador mençò la cabeça, y dixerón era menester, que dixesse de boca, que si, y que le humedecieron la lengua con vn hisopillo, con que dixo: Si, si, dos vezes.

149 ¶ Blas de Lechuga, fol. 29. dize, que el testador respondió: *Que así lo otorga, y era su voluntad.*

150 ¶ Antonio de Montoto, fol. 10. dize, que la respuesta que dió, fue, diciendo: *Que venia en ellos, y que se hizo así.*

151 ¶ De cuyas deposiciones se reconoce claramente la suposicion del dicho codicilo; pues no ay testigos que comprueven la forma de su otorgamiento; porque a los referidos no se deue deferir, pues de mas de las causas que por estas partes se les ha opuesto en el articulo antecedente, à num. ad num. para que no hagan fe, ni credito, sus deposiciones no la hazen en este particular, porque no conforman en el modo, y en las palabras con que el dicho testador otorgò el dicho codicilo, que es muy necesario, como lo nota, refiriendo muchos, por esta sentencia Dom. Francisc. Hieronim. de Leon, tom. 3. decis. 40. à num. 94. ad 98. & à nu. 112 ad 116. in quo concludit his verbis: *In casu autem nostro, testes discordant in verbis: unus enim testatur, quod dictus Solanes dixit uxori: Tibi relinquo omnia: alius enim dixisse, Quod eam faciebat heredem: alius vero depònit protulisse hæc verba: Quidquid habeo, tibi relinquo, & hæredem facio: alius vero, sit a dixisse: Kolo, quod bona mea sint tua, que omnia verba, licet in effectibus idem significant, et amens discordant in cortice, quo casu non probant; testame n tum nuncupatum. Y refiere a Antonio Fabro, in suo C. lib. 6. tit. 7. definit. 2. de institut. pag. 637. & tit. 22. de fideicommissis, definitione 15. di. lib. 6. donde refiere dos decisiones por esta sentencia, vna de el Senado de Saboya, y otra de la Audiencia de Catalunya.*

152 ¶ Y concurriendo con lo dicho el ser testigos presentados

sentados por las partes contrarias, deden hazer plena prouaça por estas partes, vt probatum est supra, num. Con que sin duda alguna queda verificada la suposicion del dicho codicilo, y que el dicho Maestro Puerta no lo pudo otorgar, como con efecto no lo hizo.

153 ¶ Ultra de que faltard muchos requisitos para que pueda estar en fauor de las partes contrarias la opinion de que testam^{entum} ad interrogationem alterius, valeat.

154 ¶ Primo, porque deuiera constar expressamente, que el testador quiso hazer testamento, y que lo dixo, y manifestó asi, antes que llegasse el acto de hazerlo, porque de otra manera no vale, l. pampilio 37. S. 1. ff. de legat. 3. Bellon. conf. 74. num. 14. Iul. Clar. §. testam^{entum}, num. 7. D. Covarruv. in cap. cum tibi, num. 4. de testam^{entum}. Roderic. Suar. allegat. 1. num. 28. & 36. Menoch lib. 4. præsump^t. 8. num. 33. in fin. & num. 34. & 38. & conf. 45. num. 33. & 34. latissimè Ciriac. controuerf. 549. D. Francisc. Hieronim. de Leon, dict. tom. 3. decif. 40. num. 61. & 62. & 69. Y aqui no consta, de que el Maestro dixesse queria reuocar el codicilo en que fundò las dichas Capellarias, y que queria otorgar el que pretenden las partes contrarias.

155 ¶ Y quando con este requisito concurre que el testador estaua grauemente malo, como no se duda por los testigos de las partes contrarias, corre con llaneza esta opinion, como resuelve Iul. Clar. in dict. §. testam^{entum}, num. 8. que afirma auerse determinado en el Senado en conformidad della, y refitiendo muchos D. Francisc. Hieronim. de Leon, vbi sup^{ra}. num. 129. ibi: *Quanto magis in casu nostro, domini Christophori, atrecto timore testamenti, hoc est iudicandū ex predictis: quod non fuerit sane mentis, qui testamentum per tres horas, vel circa mortuus esset, eo tempore, quo iam sarcinulas coligebat.*

156 ¶ Secundo y era necesario, que el dicho Maestro Puerta huuiesse mandado llamar a el escriuano, para que hiziesse el dicho codicilo, y que huuiesse hecho llamar los testigos, y que el dicho codicilo ad interrogationem, no fuesse propuesto por el escriuano, a quien no huuiesse llamado. Bald. in l. in bernis, num. 4. C. de testam. ex l. Pampilio, §. propofitum, ff. de milit. testam. Roder. Suar. alleg. 1. num. 31. Cald. Pereyr. conf. 24. sub n. 1. o. v. r. v. de testam^{entum}, A. y m. Crauet. conf. 117. num. 1. & conf. 143. num. 13. D. Covarr. in dict. cap. cum tibi 13. n. 4. de testam.

157 ¶ O que el testador huuiesse hecho, y ordenado primero el dicho codicilo, y que huuiesse manifestado al escriuano la voluntad que tenia, y lo demas que en el codicilo se contiene, por que de otra manera no vale, y en esse sentido se ha de entender la glos. in dict. l. in bernis, por que literal y expressamente habla en el la

*Haec consultiſſima, S. at. cum humana fragilitas, C. qui testament. facer. poss. ibi: Voluntatem suam, sine in testamento, sive in codicilis tenore compositam, cui ve-
 lunt scriberdam crederent. Y de mas desto ha de auer la conuocacion de
 testigos, y escrivano que queda referida, y no se contentò la ley cõ
 que respondieſſe: Si; sino que dixo: *Vbi tenor coru cunctis innouerit elo-
 gium ipse sum, profiteatur agnoscere, et examini sui, quae lecta sunt disposuisse
 sententia, y así lo resuelven Corneus, conf. 73. num. 4. Menoch. lib. 4.
 pref. 8. num. 29. Marta, de succes. legal. tom. 2. part. 4. quæst. 1. art. 3. sub. nu.
 17. ibi: Quo casu si fiat ad interrogationem, antequam ordinetur, ita scribi per
 testatorem ipsum, nullatenus valet. Ciriac. tom. 3. controuers. 4. 10. num. 1. et
 2. & pluribus alijs relatis latius comprobatur, dist. tom. 3. controu. 5. 49.
 num. 22. ibi: Quod aut uersamur in clari testatorem, non preordinasse testa-
 mentum, et num. 73. donde dixo de la glosa in dist. l. iubemus, et ita com-
 muniter eam declarant scribentes per textum ab ea adductum, qui loquitur quã
 do precessit preordinatio, et ubi non precessit preordinatio, etiam magis com-
 muniter reprobat.**

158 ¶ Y en nuestro caso no solamete no consta de que el
 Maestro mandasse llamar al escrivano, ni testigos, ni que tuuiesse
 dispuesto el codicilo: mas antes se conuence de las deposiciones de
 los testigos de las partes contrarias, que el escrivano fue solicitado
 por las susodichas, para que hiziesse el dicho codicilo, y con quan-
 ta priesa lo buscaro, por auer esperado a que el dicho Maestro Puer-
 ta se hallasse sin sentido, y casi muerto, para fraguar semejante dis-
 posicion: conque por ningun camino puede valer el dicho codici-
 lo, factum ad interrogationem talis notarij; porque no constò de
 la voluntad de hazer el dicho codicilo en el dicho Maestro, Paul.
 de Cast. in l. hac consultiſſima, S. at. cum humana fragilitas, num. 1. C. qui tes-
 tament. facere poss. Corn. conf. 3. 7. in fin. et conf. 232. sub. num. 4. vol. 1. y es
 singularisima la decission de Mart. vob. 89. ad num. 1. Gasp. Anton.
 thesaur. quæst. foren. 99. num. 14. qui refert multos; Geph. conf. 546. &
 Rauden. decif. 45. num. 28. Y la misma sentençia acredita Franc. Ni-
 ger. Ciriac. controuers. foren. tom. 3. controu. 5. 49. num. 73. et 74. ubi plu-
 rimos refert, et num. 121. et num. 122.

159 ¶ Y muy de nuestro intento Surd. com. 4. 14. m. 10. ibi:
*Secundo limitatur conclusio, ut non procedat, quando notarius non fuit adhibi-
 tus à testatore, sed ab herede, vel alio illius domestico submissus, quia tunc non
 valet testamentum factum ad interrogationem.*

150 ¶ Y comprehendiendo todo nuestro caso Ciriac:
 controuers. 5. 49. num. 72. ibi: *Et pro facilliori resolutione distinguunt DD. quia
 aut uersamur in clari testatorem non preordinasse testamentum, nec fecisse co-
 cari notarium, et testatoris non declarasse, sponte uelle testari; sed notarium fuisse
 dictum ad eum cum testator ab intercessis, et ipsum testatorem lethali morbo*

labor autem fuisse interrogatum, an vellet testari? Et suggestiue, an vellet facere talem heredem: et respondisse tantum per verbum sic, et tunc non valet testamentum, etiam si ille sit sane mentis, et non intelligat quid agatur. Y de de el num. 73. con los siguientes comprueua esta distincion con muchas autoridades.

161 ¶ Y esta conclusion procede con mayor seguridad quando auia otro testamento perfecto, que se trataua de reuocar por el segundo, como en este caso, porque entonces es sospechosa la sugestion, y pregunta que se haze al testador, y inualido el testamento segundo, que por este medio se otorgasse, etiam si interrogatio non fieret de herede nomine proprio proposito, como refuelue Gaspar Anton. Thesaur. lib. 2. qq. forens. dist. quest. 99. sub num. 9. ibi; Ego tamen periculosum huiusmodi testamentum habere (habla del segundo testamento) et pro validitate illius consulere, et iudicare dubitarem, nisi illa concurrerent. Primo, quod sane mentis esset testator, nec morbo oppressus. Secundo, quod de preambula voluntate, et declaratione aliquomodo appareret. Tertio, quod de ordine testatoris, et de eius mandato scriptum, et dictatum esset testamentum. Quarto, quod interrogatio, et suggestio propinquorum, et amicorum non adesset. Y profigue con otras muchas conclusiones, quas breuitate omitimus, et quia possunt videri, et ita supplicatus. Y en este mismo punto figue esta sentencia referens Paul. de Castr. Socin. Cros. Rom. Zazi Ant. Gabr. Grammat. Socin. Iun. Menoch. Bursat. Iul. Clar. et alios Franc. Niger. Ziriac. lib. 3. controuers. forens. 549. n. 103. et n. 123. et 124.

162 ¶ Porque no se presume que el testador auia de querer reuocar el codicilo que con tanto acuerdo, y deliberada voluntad auia hecho (como auemos dicho en el articulo antecedente) quando ya se hallaua casi muerto, text. in l. si quando, C. de inoffic. testament. argument. l. quidam in suo, ff. de condi et. insti. Castr. conf. 155. volum. 2. num. 2. Gabr. de testam. conclus. 2. num. 7. Crauet. conf. 117. num. fin. Becc. conf. 8. num. 24. et plures congerit Cancr. dist. cap. 4. num. 338. ibi: Et de iure predicta magis procedere dixi, cum ageretur de reuocatione alterius testamenti: antea mature, et deliberate facti, et bene ordinati, ut a quolibet ordinari possit, quod est magna considerationis.

163 ¶ Menoch. dist. conf. 45. num. 21. ibi: Non enim est credendum, quod eo instanti positus voluerit testator vno verbo reuocare, que magna ex causa, et solemniter appensate que fecit.

164 ¶ Y es muy del intento lo que escribe Gasp. Anto. Thesaur. dist. quest. forens. 99. lib. 2. num. 12. et melius lib. 1. quest. 56. num. 10. ibi: Amplia secundo, ut sine difficultate fortius procedat eo in casu, quando testator suum condidisset testamentum sana mente, et multum appensate, et deinde reuocatio esset facta alio simplici verbo ab illius ore, ad importu-

ritatem

in alio in motis articulo exordio; **REVOCO**: nam tunc nullo modo censetur
 revocatum testamentum, quod ab homine semel mortuo, & non sane mentis re-
 vocatum, sicut ff. de iustis et iuribus, non sine nota falsitatis talis revocatio mu-
 nebit, iuxta al. iubeamus, C. de testam. ita si enim talis est testator, qui neque scri-
 bere, neque articulata loqui potest, mortuo similis est, &c. Et pro hac ampliatio-
 ne faciunt multa, quae in proposito congerit Socin. iun. cons. 189. nu. 26. lib. 2.
 licet ipse loquatur in eo, qui aliud voluit condere testamentum, & eadem revo-
 cationem, Fas. cons. 132. in fin. lib. 1. tumultuariam mentis impulsam appellat,
 Crauet. cons. 117. Roman. cons. 306. & in mentem sensati, & prudentis Iudi-
 cis nunquam cadere, meo iudicio poterit, voluisse testatorem, qui testamentum
 suum condidit, multa cum animi liberatio, e, sanus mentis, & corpore, nulla ad-
 versaria detentus. valetudine, in mortis articulo constitutus, & in medio propin-
 quorum, vel eorum, qui res suas magis, quam animam curant, positus, unico
 verbo revocare. unde ego hoc casu exortam voluntatem mera importunitate,
 & quasi a dormiente notificatam, quam vis, & perfecte conscripam revoca-
 tionem esse existimo. Y profigue alegando otras muchas autorida-
 des.

165 ¶ Y pues en este caso ay vn codicilo, en que el di-
 cho Maestro funda las dos Capellanias en fauor destas partes, que
 es solemne, y con todos los requisitos de el derecho, y que este fe-
 tratado revocar por este segundo, que las partes contrarias dispu-
 sieron tan sin asistencia de la voluntad del dicho Maestro, y sin q
 el susodicho pudiesse responder cosa alguna a las preguntas que le
 hizieron para que otorgasse el dicho codicilo, como se prouea de
 los testigos que referimos supr. no parece tener duda el que se aya
 de declarar por inualido, que con siguiente queda firme
 el primero, en que se fundaron las dichas Capellanias, Gratian. plu-
 res congerens tom. 5. cap. 895. num. 18. & tom. 3. cap. 583. num. 29. &
 tom. 4. cap. 764. id. n. 1. Cuius controuers. 549. n. 127.

166 ¶ Sin que pueda obstara esto si se opusiere, que no
 fue institucion vniuersal, la que se hizo en el dicho segundo codi-
 cilo, sino vn genero de legado, y que este bien puede consistir de-
 clarado ad interrogacionem, & in iur. ff. de leg. 3.

167 ¶ Porque a esto respon demos, que en el caso de q
 hablamos, que es quando testator non extremis laborat, no solo
 es nula la institucion hecha ad interrogacionem, si no qualquier
 legado que se huviere hecho en la misma forma, Paul. de Castro
 in l. 1. §. si quis in iustis de iur. obligat. & ibi Rip. num. 9. & 10. idem Ri-
 pa lib. 3. responsor. cap. 112. Alex. cons. 33. lib. 3. Enslar. de substi. quest.
 282. num. 1.

168 ¶ Y porque ex testamento, vel codicillo facto per
 dolum non debentur legata, Dom. Castillo, lib. 3. cap. 1. a num. 57.

& quia

& quia este ultimo codicilo esta muy imperfecto ratione solemn-
nitatis: quapropter etiam ex hoc casu legata in tali codicillo dedu-
cta, nulla, Gratian. tom. 2. cap. 298. n. 9.

169 ¶ Demas de que en este pleyto concurre por estas
partes otro fundamento grauissimo, para que no se tenga por re-
uocado el dicho codicilo, en que se fundaron las dichas Capella-
nias, porque no consta que el testador dixesse especial, y claramen-
te que lo reuocaua, como se requiere por la l. si quis in princip. ff. dele-
gat. 3. ibi: Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, scilicet testator,
prioris voluntatis sibi poenituisse, l. 2. 2. tit. 1. part. 6. ibi: La otra es quando el
testador dixese assi. Et infra ibi: Fueras ende si el testador dixese en el postrimo-
ro testamento señaladamente.

170 ¶ El segundo defecto que por estas partes se opone
al dicho codicilo, para q̄ se declare por nulo, es, que no se halla fir-
mado del testador, como se requiere de substancia para que valga
el codicilo, o testamento, l. hac consultissima 21. in princip. ibi: Eique
ipse coram testibus sua manu subscripserit, vbi Paul. Castrenf. num. 3. C. de
testam. l. 13. tit. 2. 5. lib. 4. Recop. ibi: Y si las partes las otorgaren, las firmen
de sus nombres, vbi Azeued. verbo, firmen, numer. 41. Ioseph. de Sesse
decif. 56. num. 31. lib. 1. Gregor. L. q. in l. 2. glos. verb. su nome, vers. In
contrarium tamen, tit. 1. part. 6. Y es copiosissimo lugar el de Matien-
co in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop glos. 3. a n. 8. vsque ad fin.

171 ¶ Et in terminis Tiraquell. del. connub. glos. 5. num.
101. & 102. ibi: Præterea eadem, notatu digna, sequentia sunt fundamenta:
imò fortior ratio militat, nisi istas committatur: quæ ratio magis urget in tes-
tamento, quam in contractibus, seu alijs instrumentis, quapropter in testamen-
tis maior solemnitas, quam in contractibus requiritur, atque idè lex civilis te-
stium solemnitatem inducens in testamentis iusta est, nec iuri Diuino contraria,
prout Latè probat Fortun. Garc. in trat. de vol. fin. illat. 15. & Couarr. in cap.
cum esses, num. 3. de testam. Probatur etiam, quia hic testandi actus gratis est,
& mille fraudibus obnoxius: potuit ergò lex, quò tutius, & fidelius ageretur
hanc solemnitatem statuere ad totius Republicæ utilitatem; et optime pro-
bat Couarr. in dist. cap. cum esses, num. 6. Si ergò in contractibus SVBSCRI-
PTIO partis requiritur ad euitandam, alsitatem; multo ergò fortius in testa-
mentis, Authent. multo magis, C. de sacrosanct. Eccles. &c. Y esta sentencia
han seguido muchos DD.

172 ¶ Y si a esto se opusiere, que por estar agruado el
testador no lo firmò, y que basta que lo firmasse vn testigo por el.

173 ¶ Se responde, que demas de que no es bastante, co-
mo queda fundado, el testador no pidió que lo firmasse testigo al-
guno, pues estava sin habla, y sin sentido, como se reconoce de las
deposiciones de los testigos, quos supr. retulimus, y don Francisc-

co de Herrera, testigo instrumental y de quien se halla firmado el dicho codicilo, de pone que el lo firmò, sin que el testador se lo dixesse, ni pidiesse, y el testigo no puede firmar por el testador, si no es pidiendoselo el, l. *fin.* S. *si autem in fin.* C. de iur. delib. vbi Bald. & Corn. num. 33. idem Corn. in l. cum antiquitas, num. 9. C. de testament. Salicet in l. hac consultissima, vers. Et hoc, C. eodem, Añ. Et. decis. 166. n. 7. Matienç. in dict. l. 2. glos. 6. n. 4. tit. 4. lib. 5. Recop.

174 ¶ Y en terminos Ioseph. de Sesse. decis. 56. num. 33. Et seq. tom. 1. ibi: Nec his obstat, quod se subscripserunt testes testamentarij pro testatore, hoc modo: To Miguel de Murcia soy testigo de lo sobredicho, y me firmo por el testador, que por no estar en disposicion de poderse firmar, como yo ocularmente lo vi, no se firmò. To Miguel Duarte soy testigo de lo sobredicho, y firmo por el testador, que por no estar en disposicion para poder firmar, como yo ocularmente lo vi, no se firmò. Nam respondetur, quod testes non possunt se subscribere pro testatore, nisi testator id velit, & petat.

175 ¶ El tercero defecto que estas partes oponen al pretenso codicilo, es, que siendo requisito necessario, que para el otorgamiento, y solemnidad de las vitimas voluntades, los testigos sean llamados, y rogados por el testador, ex l. heredes palam, S. final. ff. de testam. l. hac consultissima, S. per nuncupationem, C. eodem, Autem rogatis, C. de testib. l. 1. tit. 1. part. 6. Alex. cons. 70. num. 20. lib. 2. Iul. Clar. in S. testamentum, quaest. 28. a num. 1. D. Francisc. Hieron. de Leon tom. 3. decis. 40. a n. 42. ad 52.

176 ¶ En el pretenso codicilo no solo no interuino esta solemnidad, ni el testador llamo, ni rogò los testigos, como esta concluyentemente prouado por los de las partes contrarias; si no que las susodichas supplieron por testigos a los dichos Blas de Lechuga, y Antonio de Montoto, criados suyos, como esta prouado por estas partes, siendo personas de ninguna fee, ni aptitud, particularmente en semejante acto, para deponer por sus dueños, vt notatur in l. seruos, & ibi DD. C. de testib. Cels. Hugo cons. 22. num. 15. l. ibi: Clarum est autem, quod in huiusmodi privilegato testamento non est huiusmodi familiaris salariatus testis idoneus; cum aliis de iure communi repellatur, nec pro domino suo testificari possit. Y es copiosissimo lugar para este punto, y donde trae muchos de su sentencia la decis. 40. de do Franc. Geron. de Leon, desde el n. 78. ad 81. tom. 3.

177 ¶ Y el otro testigo, que es don Francisco de Herrera, tampoco fue rogado del testador, antes fue, como auemos dicho, y como el susodicho lo de pone, quien introduxo el que se hiziesse, y fabricasse el pretenso codicilo, que el testador, ni quiso, ni pudo disponerlo, como lo de pone Fr. Chrsostomo de Granada, Religioso Capuchino, fol. 56. de cuya deposicion y credito que deue darle, diximus supr. num. & num. VI-

178 ¶ Vltira, de que quando lo dicho cessara, y los dichos tres testigos estuviessen llamados, y rogados, y no padeciesen defecto alguno, todavia está defectuoso el dicho codicilo en este particular, por no ser bastante numero el de tres testigos para su solemnidad, vt probatum est supr. num. 17. muy en terminos.

179 ¶ Y si en las vltimas voluntades no se obseruan todas las dichas solemnidades que se requieren por derecho, el testamento no solemne tienē presuncion de falso contra si, l. iubemus in fin. C. de testam. Bart. in l. si post decisionem, num. 3. C. de iur. & fact. ignorant. Bald. in l. quoties, S. 1. vers. Item nota, ff. de hered. instit. Mántic. de coniectur. ult. volunt. lib. 2. tit. 13. num. 1. ibi: *Et si quidem confiterit, non solemniter factum esse testamentum, presumitur falsum.*

180. ¶ Ni puede reuocarse el primero codicilo, que se halla con todas las solemnidades de derecho, por el segundo que está tan defectuoso, porque para este efecto auia de tener el segundo y iguales solemnidades que el primero, y a este proposito haze doctísimamente vn largo discurso, Anton. Fabr. de errorib. pragmat. decad. 68. error. 1. ponderando, y explicando diuersos textos, y particularmente el *Sed es si quis, Instit. quibus mod. testam. infirm.* in illis verbis, ibi: *Si quis priorē testamento iure perfecto posteriorē aequē iure fecerit, interpretandolas, ibi: Quil enim aliud sibi volunt verba illa aequē iure, quam si scriptum esset equali iuris solemnitate.*

181 ¶ Y porq̄ por todos los medios referidos se reconoce la suposición del dicho assero codicilo, de que resulta claramente su nulidad: no parece deue auer duda en que no se deua estara semejante disposicion, quando de solo hallarse vn testamento sospechoso, quando el testador, aunque el vltimo se destruya, no queda sin testamento, como en este caso era bastante para que se declarasse assi, como en terminos lo nota D. Franc. Geronimo de Leon, dict. tom. 3. decis. 40. num. 19. ibi: *Octauo, in casu nostro dictus Petrus Solanes primum condiderat solemne testamentum in scriptis, & sic, quāuis annulletur secundum testamentum nuncupatum, testator non decederet intestatus, & sic in dubio non debet sustineri secundum testamentum.*

182 ¶ Y mas quando concurren defectos tan notables, como auemos opuesto al dicho codicilo, de que (como está dicho) resulta su nulidad, porque sin duda alguna deuen ser condenadas las partes contrarias, como lo afirma Gerom. Lauren. decis. Rot. Ann. 7. 1. per tot. maxime num. 6. & congerens muchos, quos breuitate omitimus, D. Francis. Hieronim. de Leon y dict. tom. 3. decis. 40. a num. 83. ad 88.

183 ¶ Y vltimamente se deue declarar contra el dicho vltimo codicilo, porque las partes contrarias han alegado, y pro-uado, que la disposicion, y forma del dicho codicilo se hizo auien dola

dola tratado, y conferido con el dicho Gonçalo de Cieza, padre destas partes, y que el susodicho lo fue dictando, y ordenando, y que de su orden D. Francisco de Herrera lo firmò por el testador, de que resulta el conocimiento de la suposicion, que estas partes pretenden huuo, y interuino en el dicho codicilo, y que no ay fundamento porque deua aprouechar a las partes contrarias.

184 ¶ Lo vno, porque el dicho Gonçalo de Cieza, no tuuo poder para poder hazer la dicha disposicion por el dicho Maestro, y sin el dicho poder no ay razon porque se pueda justificar.

185 ¶ Lo otro, porque si del dicho codicilo quieren valerse las partes contrarias, para arguir de el transaccio, que el dicho Gonçalo de Cieza hiziesse con las partes contrarias, del derecho que podia tenera los bienes de que en el se haze mencion: tam poco tiene fundamento, ni puede aprouechar a las partes contrarias; porq̃ el dicho Maestro aùn no auia muerto: conq̃no auia pasado toda via el dominio de la dicha hazienda del dicho Maestro a el dicho Gonçalo de Cieza, y consiguientemente el susodicho no podia disponer della por transaccion, ni en otro modo.

186 ¶ Lo otro, porque quando huuiesse muerto el dicho Maestro, no se adquiria dominio de cosa alguna al dicho Gonçalo de Cieza: pues la disposicion de el codicilo que hizo el dicho Maestro, en que fundò las dos Capellanias, fue en favor de los dichos don Andres, y don Pedro de Cieza: conque a ellos pudiera auerse adquirido el dicho dominio, y siendo esto assi, el dicho Gonçalo de Cieza, no podia renunciar el derecho que se auia adquirido a sus hijos, *ex regul. sext. ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris. l. id quod nostrum 11. iun. et l. non debet, 74. ff. de reg. iur.* Valasc. *de iur. emphyt. quest. 49. num. 8. 9. 10. et 11. et num. 38. vers. Sed quantum ego*, Antonin. *Amat. var. forens. resolut. lib. 1. resol. 30. num. 14.* Morquech. *de diuis. bonor. lib. 1. cap. 6. à num. 28. ad 30.* Dom. Castill. *controuerf. lib. 4. cap. 5. à num. 33. & plures congeras D. D. Joseph Vela, tom. 1. disertat. 15. num. 103. et 104.*

187 ¶ Ex quibus parece, queda fundado el derecho de estas partes para que se declare por invalido este pretensio vltimo codicilo, y que deue quedar en su fuerça, y vigor el primero, en que el dicho Maestro fundò las dichas Capellanias, y consiguientemente, para que se determine en favor las pretensiones destas partes, & ita speramus. Salua in omnibus D. S. C.

Yo Don Gonzalo ante de
Cieza y Villa Real



ADICION BREVE A LA informacion de el Maestro don Andres de Cieza, y don Pedro de Cieza y Villa- Real su hermano.

(*) EN EL PLEYTO. (*)

CON DOÑA FRANCISCA DE TEXEDA,
y doña Francisca de Torres, vezinos todos de
esta Ciudad.

AVNQUE Se ha dado informaciõ en derecho por el Maestro, y su hermano, en que se comprehēden los puntos principales en q̄ consiste su justicia sin embargo, porque a la vista deste pleyto lo principal en que se insistiõ fue en la clausula que el Maestro Puerta puso en el testamento primero que otorgò, en que declarò Lo primero, que todos los bienes muebles, y semouientes que quedarã por fin, y mueite suya, eran de las partes contrarias. Y en otra clausula declara que tanta parte tienen en los bienes rayzes las susodichas como el.

¶ Ha parecido hazer esta breue adición para desvanecer las de claraciones referidas de el dicho testamento, de las quales se valdrã las partes contrarias para verificar tres cosas. La primera, que interuino compañía entre el dicho Maestro Puerta, y las dichas doña Francisca de Texeda, y doña Francisca de Torres, y que asise han de tener los bienes por comunes, y partibles entre todos tres. La segunda, en fuerça de legado para que se entienda auerle legado a las susodichas la mitad de los dichos bienes. La tercera, in vim voluntatis.

¶ Y para satisfacer a ellas con toda breuedad, ire satisfaciendo a cada vna por su orden.



QVO AD SOCIETATEM.



¶ No es dudable que para verificar la compañía tacita, son bastantes cõjecturas, y presumpciones, Menoch. lib. 3. pr. esumpt. 56. num. 4. Cõsfil. 860. num. 7. Cõs. 656. num. 11.

¶ Pero estas coniecturas han de ser graues, y tales que de necesidad concluyan la dicha compañía, y no se puedan aplicar a otra cosa Ce-

phalo *conf.* 147. *num.* 20. *lib.* 2. *Gratian. cap.* 336. *nu.* 2. Y especialmente entre personas que no son conjuntas, entre las quales se requiere mucha mayor prouança, *Ancharran. conf.* 149. *num.* 3. *Alciat. presumpt.* 25. *num.* 3. *Regul.* 1. *cap.* 547. *num.* 2.

6 ¶ No es, pues, la primera de auer viuido jutos el dicho Maestro Puerta, y las partes contrarias: quia *communio potest esse sine societate*, *l. ut sit* 31. *ff. pro socio*, *l. ut in condictionibus* 33. *ff. eodem tit. S. item queritur*, *Instit. de obligat. quæ ex quasi contract. nascunt.* *Aymon Crauet. conf.* 875. *numer.* 7. *libr.* 5. *Gratian. cap.* 752. *num.* 9.

7 ¶ *Quamuis e contra societas nõ potest esse sine communione*, *l. 1. in fin. l. si id quod, vers. Ceterum ff. pro socio*, *l. si tibi area* 14. *ff. de prescript. vers. Romano conf.* 168. *num.* 3.

8 ¶ Otras dos coniecturas se pöderan por los Doctores, que son *lucrorum communicatio*, la vna, y la otra, de *administratione non redditatio*, *Menoeh. lib.* 3. *presumpt.* 56. *num.* 42. *Tusch. conclus.* 286. *lit. S. num.* 9.

9 ¶ Y ninguna destas se ajusta a el caso deste pleyto, porque las partes contrarias nunca se han tenido por dueñas, y señoras de los aumentos, y ganancias desta hazienda, ni ellas tenían lucros que comunicar con los del Maestro, ni dellas han participado cosa alguna, porque solo assi stia en casa del Maestro Puerta, de orden, y licencia del susodicho, por tenerlas amparadas, socorriendoles de todo lo necessario; por lo qual de necesidad no auia cosa de que se pudiesse dar cuenta.

10 ¶ Tùm, porque nunca confesio extrajudicialmente el Maestro Puerta el tener formada compania con las partes contrarias, y no ay testigo que en razõ dello depõga, porque solo se reduzen a que confeslaua que tanta parte tenían en los dichos bienes las partes contrarias, como el: que es lo mismo que declarò en las clausulas del dicho testamento, y esto solo podrá valer para el legado que se pretende por la parte contraria, pero no para tener verificada por ello la compania, *Gratian. cap.* 336. *num.* 2. *ibi: Et quamuis etiam plenè probaretur confessio, quod quis fassus fuerit, se socium, non tamen ex ea probatur societas, quia cum facta sit parte absente non facit nisi semiplenam probationem ut in specie declarat Castro consil.* 269. *ad finem, lib.* 2. *ita ut si nõ apparet de societate per instrumentum, vel per scripturam manu partium, nec per testes qui inter fuerunt contractus societatis, non tamen hoc prodeset ad lucrum consequendum.*

11 ¶ Tùm, porque la dicha confeslion fue erronea, y assi no pudo perjudicar a el dicho Maestro, *l. cõ testamētũ, C. de iur. et facti ignor. l. error facti, C. eodem tit.*

12 ¶ Por lo qual aunque huuiessen acetado la dicha confeslion las partes contrarias, y lo huuiesse repetido el dicho Maestro diferentes vezes pudo reuocarla, *Hondedeo conf.* 102. *num.* 43. *vol.* 1. *Farinacio in praxi, quæst.* 81. *num.* 324. *Malscard conclus.* 378. *num.* 1. *cum seqq.* Como con efecto la reuocò por los codicilos vltimos que otorgò, en los quales entra absolutamente

tamente disponiendo de todos sus bienes, como propios suyos todos, contra lo que en el testamento tenia confesado.

13 ¶ Y no son de consideracion las palabras de el dicho codicilo, aunque el testador dize, que en lo que es de su parte, conuierte los bienes en espirituales; porque las dichas palabras apelan solo sobre la cosa misma de que iua hablando; que era la suplica al Arçobispo, para que conuertiesse los dichos bienes en espirituales; y para esto dize el testador: que en quanto es de su parte el hazer la dicha ereccion, y conuertir los dichos bienes en espirituales, la haze, y desde luego los conuierte, y pide, y suplica al Arçobispo haga en quanto es de la suya la dicha ereccion.

14 ¶ Tùm, porque consta claramente del error de la dicha confession, lo qual se ha de verificar por lo que aora se ponderarà para desvanecer la dicha compañía, y así corren sin duda alguna las doctrinas referidas: De que resulta no interuenir en el caso presente conjeturas algunas de las que ponderan los Doctores; antes resultan muchas que manifiestan claramente no auer auido compañía entre los susodichos.

15 ¶ Prima, porque no se ha prouado que forma de compañía fuessse esta para auer de ajustar, si era vniuersal de todos los tratos, ò particular de alguno; requisito esencial para el ajuste della, Gratian. cap. 336. n. 23. in med. libi. *Præsertim, quia nulla fuit probata forma societatis, neq; ad illum actum, de quo quereretur, prout debebat probari, Bald. conf. 125. lib. 5. ubi ex hoc cõsuluit, non sufficere, quod duo faciant simul Macellum ad effectum, ut animalia per unum emptã communicentur.*

16 ¶ Y si por las contrarias se dixere, que esta compañía se ha de entender de todos los bienes, repugna a su naturaleza misma: porque no se puede contraer, si no es que expressa, y especialmente se conuienen en ello las partes. Est textus expressus in l. 3. §. 1. ff. pro soc. Paul. de Castr. cõf. 350. lib. 1. Alex. conf. 76. num. 10. lib. 4. Cæpo! conf. 42. Socin. Sen. conf. 73. num. 9. libr. 1. Barbac. conf. 22. lib. 1. Ruin. conf. 101. col. 1. lib. 1. Menoch. conf. 12. n. 10. lib. 1.

17 ¶ Secunda, porque no pudo auer compañía no auiendo traydo bienes las partes cõtrarias, como se funda en el papel principal, num. 106 y esto es a lo que se ajustan los terminos de los Doctores que allegaron a tocar la dificultad, de que conjeturas serian bastantes para verificar la compañía tacita: vt videre est apud Menoch. libr. 3. *præsumpt. 56 per totam, & præcipue, num. 37. Gratian. cap. 547. per tot. & cap. 336. per tot. Tusch. concl. 286. litter. S. nu. 1. usque ad 10.* Y todos vnanimiter conueniunt, que ha de auer bienes de vna parte, y otra para poder auer comunion, y de aì proceder a las cõjecturas de la particion de lucros, & non red ditz rationis.

18 ¶ Todo lo qual falta en el caso presente, porque las partes cõtrarias no han tenido bienes, ni los llevar ò a poder del dicho Maestro Puerta: quod quidem probò. Porque es constante, y cierto que las partes contrarias quando entraron a poder del dicho Maestro Puerta, eran menores, y que
fue

2
sus padres murieron en esta Ciudad : conforme a lo qual era preciso que la justicia huuiesse interuenido en esto, haziendo inuentario de bienes de las dichas menores, y nombrandoles tutores con efecto; pues no es creyble, segun lo que la practica nos enseña, auia de entrarse el Maestro Puerta en los bienes destas menores, sin cuenta, ni razon, siendo publico el que se lleuò a las menores a su casa, y que no se podian ocultar los bienes que auian quedado por fin, y muerte de sus padres, para que se les pudiesse cobro.

19 ¶ Túm, porque las partes contrarias que pretenden auer lleuado bienes a poder del dicho Maestro, lo deuen verificar concluyentemēte, y esto no lo ha hecho; porque aunque ay algunos testigos que deponen en razon de ello ; son singulares de oydas al dicho Maestro sin concluyr cantidad determinada. y demas desto son los que estan tachados, y verificadoles las tachas.

20 ¶ Tú, porq̄ deponen de oydas al dicho Maestro Puerta, y asy entanto haran fee en quanto a lo que declara el susodicho, que es auer lleuado a su poder algunos bienes muebles, y esto no se ha de tener por bastante, para que se pueda dezir auerse formado la dicha compañia : y esto corre cò tanto rigor, que procede lo mismo, aun quando los dichos bienes fuesen rayzes, porque los frutos dellos, se ha de entender se conuertian en el sustento, y alimento de las partes contrarias, con que no podia auer lucro para poder induzir la dicha compañia, sic in terminis Paulus Parisius tom. 1. conf. 86 num. 13 in med. & num. 15. ibi: *Quanto fortius in presenti presumi nõ debet contracta societas interdictum Christophorum patrum, & dictos Ioannem, & Petrum nepotes, & pupillos carentes tutore, nihil ponentes, nullum actum gerentes, & minime nominatos, nec in emptionibus, nec in alijs negotiationibus gestis per dictum Christophorum; nam adueriendũ est, quod prædicti pupilli, parum habebant in bonis; & tempore, quo ipse Christophorus cepit gubernare eorum personas, & bona nullas ipsi habebant pecunias, & illud, quod ipse Christophorus consequabatur ex redditibus, & fructibus bonorum dictorum suorum nepotum expendebat pro victu, & vestitu, & disciplina ipsorum pupilorum.*

21 ¶ Y en terminos de que por la pobreza de vna parte se ha de entender no auer tacita compañia entre otras, Purpur. conf. 403. num. 9. cum seqq. lib. 2. Alexand. conf. 49. num. 2. vsque ad 5. lib. 1. Aymon Crauet. conf. 286 num. 1. & 2. last. in l. 1. C. qui test. fac. post. num. 6. ad fin. Cardin. Mantica. de tacit. & ambig. comb. lib. 6. tit. 13. nu. 14. & 15. Alciat. presumpt. 25 n. 1. Regul. 1. Gratian. cap. 714. num. 9.

22 ¶ Túm, porque quando se confessasse por estas partes a las contrarias auer lleuado dinero alguno a poder del dicho Maestro, siendo cierto que el susodicho no vsò del, communi nomine, sino lo que comprò fue para si, y en su nombre propio serà para poderle pedir interesses, y vsuras del dicho dinero; pero no para prouar compañia alguna, l. socium qui, in princip. ff. pro socio. Menoch. conf. 121. lib. 2. num. 83. Gratian. cap. 136. n. 18.

Tertia;

23 ¶ Tercia, porque no huuo trato, ni negociacion alguna entre los dichos Maestro Puerta, ni las partes contrarias, ni tal se ha verificado, ni prouado: antes consta, que el dicho Maestro Puerta solo viuido con los frutos de los bienes rayzes, y con ellos fue aumentando su hazienda, en cuyo caso es sin duda, no auia compania tacita entre ellos, ni tal se puede presumir. ita Bart. in l. Titium, S. altero, num. 5. verſ. Primo caſu, ſſ. de adminſtrat. tutor. Idem in l. ſi patruus, num. 9. verſ. Ego clarius, C. comm. vtriuſque iuris. Angel. in l. ex tribus, ſſ. de negot. geſtis, eſ in conſ. 113. Ancharr. conſ. 31. Alexand. in conſ. 49. num. 1. lib. 1. Menoch. in conſ. 12. num. 13. lib. 1. Nebiſan. in conſ. 76. v. 8. Natta conſ. 264. num. 1. Maſcard. conſuſ. 31 num. 20. Menoch. lib. 3. preſumpt. 56. numer. 20.

24 ¶ Quarta, porque solo era el Maestro Puerta quien ve dia los frutos de los dichos bienes; quien hazia, y deshazia en la dicha hazienda, y si esto se ha de tener por negociacion, siendo el Maestro solo quien lo hazia, y no las partes contrarias, se ha de presumir no auia cõpañia entre ellos, Bart. in diſt. l. Titium, S. altero, nu. 5. verſ. Secundo caſu, ſſ. de adminſtrat. tutor. Paul. de Caſtro, in diſt. l. ſi patruus, C. commun. vtriuſque iuris, Et ibidem Fulgoſ. Ioãnes de Annania in conſ. 65. num. 1 Maſcard. conſuſ. 3: num. 28. Menoch. lib. 3. preſumpt. 56. num. 23.

25 ¶ Y es la razon, porque como los que no negocian, nihil de ſuo ponant in negotiacione, no se puede dezir eſte formada compania, l. 5. in ſin. ſſ. pro ſocio, y asi lo que se adquiere solo por el que negocia, es para ſi propio, l. cum duobus, S. ſi inter fratres, ſſ. pro ſocio, l. ſi patruus, C. communi vtriuſque iur.

26 Quinta, porque el eſtar formada tacita compania entre las partes, depende de la voluntad, animo, y conſentimiento dellas: y en el caſo preſente se deſcubre claramente no tubo en ſu principio, en el medio, ni en el ſin voluntad, ni conſentimiento el Maestro Puerta de tener tacita compania con las contrarias; porque es conſtante que los tratos se hazian en cabeza del ſuſodicho, y las ventas eſtan de la miſma forma, cuya inſcripcion de titulos manifiſta notoriamente el animo de no querer cõtraer la dicha compania, Croto, conſ. 40. num. 15. lib. 1. Alexand. conſ. 1132. num. 9. lib. 5. Menoch. diſt. preſumpt. 56. num. 47. Gratian. cap. 547. num. 9.

27 ¶ Especialmente teniendo noticia dello las partes contrarias, y que no lo contradezian, ni reclamauan, Cardin. Seraphin. deciſ. 347. v. 3. in ſin. Menoch. diſt. preſumpt. 56. num. 46.

28 ¶ Conque concurren las partidas de los libros de la fiſa, que eſtan en cabeza del dicho Maestro Puerta, y que es conſtante, que el ſuſodicho era ſolo quien tenia las llaves de las caſas, del dinero, y demas hazienda; cuyos aſtos hazen fee para verificar la voluntad de no auer formado la dicha compania en la duda de ſi eſta prouada, ò no, Bart. in l. admonen di, ſſ. de iur. iurand. eſ in l. nuda, ſſ. de donat. Gratian. cap. 336. num. 29. ibi: Accedat; quod cõtrahere ſocietatem, vel non cõtrahere, dependet à volun. atq. vniuſcuſque, eſ in de-

clarando huiusmodi voluntatem; etiam libri privati rationum faciunt plenam fidem: unde si fuerint facti a Etus dubij, ita ut non appareat contra Etam fuisse societatem, nec ne stabitur scriptura privata, in qua talis scribens hoc declarat, quando scilicet in illis libris, ac scripturis adnotasset, quod emebat granum nomine proprio, et non communi; claves domus ubi reponebatur penes se retinebat, et alia his similia, prout erat in casu de quo agebamus; tunc enim ista scriptura, quamvis privata, plenam fidem faciet ad probandam voluntatem non contra Etam societatis.

29 ¶ A diferencia del caso en que algunos de los DD. lleuaron la contraria opinion, de que por los dichos libros, y titulos no se induze voluntad contraria a la dicha compania; porque se entiende quando esta prouada, porq̄ entonces ningun companero por su hecho propio, y malicia puede perjudicar a el derecho del otro; y asi le cõuerdan las opiniones que ay encontradas en esto, Decio *conf.* 21. *num.* 6. Riminald. Iunior *conf.* 280. *nu.* 3. *lib.* 3. Gratian. *dict.* *cap.* 336. *num.* 3.

30 ¶ Tũm, porque las partes contrarias, al tiempo que entraron en poder del dicho Maestro eran menores. Por lo qual no podian contraer compania alguna, *l. ut in cõductionibus, ff. pro socio, Menoch. dict. lib.* 3. *presumpt.* 56. *num.* 6. Gratian. *cap.* 714. *per tot.* et *cap.* 547.

31 ¶ Y no es de consideracion, si por la contraria se dixere, que aunque en su principio no pudo consistir la dicha compania, auiendo despues, siendo mayor, continuado en los negocios, y mezcladose en ellos, se ha de entender auerla ratificado, Paris. *conf.* 84. *lib.* 1. *num.* 5. Ripp. *consil.* 151. *nu.* 6. Cœpola *conf.* 40. Surd. *lib.* 1. *conf.* 9. *num.* 18. Gratian. *cap.* 714. *num.* 11. et 547. *num.* 5.

32 ¶ Porque demas de que ha auido otros muchos que lleuaron la contraria opinion, como fueron Surdo, *dict. conf.* 9. *num.* 10. cum alijs Alciat. *presumpt.* 25. *num.* 13. *reg.* 1. Gratian. *dict.* *c.* 547. *n.* 6.

33 ¶ Sin embargo no se puede entender auer ratificado la dicha compania las partes contrarias; porque en su principio no entraron vienes las susodichas; y lo mas que pueden dezir auer puesto despues que son mayores, es su industria, y trabajo; y esto no es bastante para la dicha ratificacion, Gratian. *cap.* 114. *num.* 2. *ibi.* *Vbi etiam firmatur conclusio, quod quando negotium fuit ceptum absque communi patrimonio, et sine pecunijs communibus; sed cum pecunijs proprijs socij maioris, non datur ratificatio huiusmodi societatis per minorem factum maiorem: quamuis se inhaerit in negotijs eiusdem societatis, ponendo operam, et industria suam, cum ad effectum, ut valeat ista ratificatio, debeat esse negotium ceptum cum bonis infantis, vel continuatum negotium paternum.*

34 ¶ Tũm, porque quando lo referido cessasse, y se huuiesse de entender prouada la dicha compania, solo podran lleuar las partes contrarias vna parte de la dicha hazienda, y las dos restantes han de quedar para la fundacion de las dichas Capellanas; quod quidem probo, porque conforme a lo que queda ponderado supr. las partes contrarias no pusieron en esta

4
 esta compañía caudal alguno, si no solo su industria, y trabajo, como se manifiesta por la declaracion del dicho maestro, contra la qual no se haverificado, ni prouado cosa alguna, y en este caso se ha de hazer tres partes la hacienda, la vna para el capital que se entrò, y este sin duda alguna se ha de adjudicar al maestro, porque fue suyo, y despues se han de diuidir por mitad las ganancias, adjudicando la mitad al dueño del capital, que fue el maestro, y la otra mitad a los que pusieron la industria, y trabajo, Paulo de Castro *conf.* 350. *num.* 1. *Bald. conf.* 61 *lib.* 2. *Tulch. lit. S. concl.* 287. *numer.* 4. & 5. & 280. *num.* 28.

35 ¶ Y esto se entiene en caso que las partes contrarias pusiesen la industria, y trabajo en la dicha compañía, y es lo que no sucediò, porque el maestro era quien lo trabajaua todo, y lo cuydaua.

36 ¶ Y no obstan las disposiciones de la ley *si non fuerint in princ. ff. pro socio*, y de la *l. in propisita, ff. eodem tit.* porque se entiene quando los compañeros entraron iguales partes, y quando la obra y trabajo del vno equivalia a el dinero puesto del otro. Cxterum, quando auia disparidad, de ninguna forma se auia de observar, y guardar proporcion, si no que cada vno lleuasse conforme a lo que auia entrado, y se le deuia, *Cardin. Mantie. de tacit. combencionib lib.* 6. *tit.* 14. *num.* 7. *usque ad* 19. *Gratian. cap.* 622. *numer.* 3. plures referens, que es lo que se ajusta a el caso de este pleyto, porque el maestro fue quien entrò el capital, el fue quien obrò, y trabajò, y quien lo ganò todo, y assi a el es a quien se ha de dar la mayor parte, alias iniquitas *feruaretur aduersus dictam legem si non fuerint in princ. ff. pro socio.*

37 ¶ Y en duda quando se huuiesse de estar a lo mas que las partes contrarias, podran pretender que es a la declaracion del dicho maestro, que confesò en su testamento, que tanta parte tenian en los dichos bienes las partes cõtrarias como el, se ha de dar precisamẽte la mitad de los dichos bienes a el dicho maestro, y la otra mitad a las partes contrarias, *iuxta legem interdum, ff. de hered. instit. ibi: Æquè heredes sumpto primus, & fratris mei filij, & ibi, & labeo scripsit qua detracta semissem fratris filij, semissem primus haberet.*

38 ¶ De que resulta, que en quanto a la dicha compañía no tienen fundamento alguno las partes contrarias, y que caso que se huuiesse de estar a ella, se le han de adjudicar a la parte del dicho maestro las tres partes de los dichos bienes, ò a lo menos la mitad.

IN VIM LEGATI

39 ¶ No se duda q̄ por las palabras q̄ el dicho testador puso, en el confesò que tanta parte tenian las contrarias como el en los bienes razones quiso hazerles legado de la dicha cantidad, *ex l. Lucius titius, §. quisquis el 2. ff. delegat. 2. l. Lucius titius 93. §. sempronio, ff. delegat. 3. D. Vela, tom. 2. disert. 4. num. 3. & 4. plures referens.*

40 ¶ Pero ni tampoco se puede negar que la dicha disposicion la pudo reuocar el dicho testador, *ex l. 4. ff. de adimend. legat. Mantic. de coniect. lib. 9. tit. 8. num. 11.*

41 ¶ Y quedando reuocada minime, se deue atender, Abad. Pannormitan. *in cap. fin. de successio ab intest. Gutierrez de iuram. confirmat. 2. part. c. 1. num. 10. Parlador lib. 2. quot. cap. fin. 1. part. §. 4. n. 18. Hector Capicio Latro. consult. 142 num. 19. in fin.*

42 ¶ Y que quedò reuocada la dicha disposicion patet manifeste, porque siendo así que en el dicho testamento hizo la confesion, y declaracion referida en el segundo y tercero codicilo entra disponiendo de todos los dichos bienes en que antecedentemente auia confessado tenian parte las contrarias, haziendo acto contrario en el todo a el primero *ex qua quidem inferitur uoluntatis mutatio, & expressa reuocatio, D. Castillo, c. 37. lib. 4. num. 24. ibi: Erit secunda coniectura quando aliquis contrarius aetus aduersus illam iam expressam uoluntatem gestus est, nam contrario ipso facto presumitur recessum ab illa prima uoluntate, atque ita praesumitur uoluntatis mutatio, Fontaneil. decis. 49. numer. 6.*

43 ¶ Y no se podrá dezir que en los dichos dos codicilos solo dispuso de la parte que tenia en los dichos bienes, que era la mitad y no mas: porque respondo, que de todo fue de lo que dispuso, porque, ò las partes contrarias pretenden tener el dominio de la mitad de los dichos bienes en fuerza de la confesion de el dicho testamento por auerles tocado de la compania que alegan, y en esto no tienen fundamento las susodichas conforme a lo que se ha ponderado supra, y porque la clausula misma lo manifiesta, porque si fuera cierto ser de ellas propio la mitad de los dichos bienes, solo dixera: digo que tanta parte tienen en los dichos bienes como yo, lo qual fuera declaracion de el dominio que las susodichas tenían.

44 ¶ Pero no se contentò con esto el testador, porque dixo: *Di- go, y es mi uoluntad que tanta parte tienen ellas como yo,* luego no fue declaracion, porq̃ el que declara, nihil de nouodat, sed quod cõpetit manifestat, *l. haeredes palan, §. si quod post, ff. de testament. l. adeo, §. cum quis in fin. ff. de acquir. rer. domin. cap. cum tu de usuris, Surd. decis. 70. num. 1.*

45 ¶ Y aqui les viene a dar el testador la mitad de los dichos bienes, alias no vendria a obrar cosa alguna la palabra, *y es mi uoluntad,* antes serian superfluas, *quod quidem minime admitti debet, l. 3. ff. de iur. iur. l. si quando 109 ff. delegat. 1. Barbosa. axiom. 222. num. 10. plures referens.*

46 ¶ Luego es preciso confiessen que el derecho que tienen las partes contrarias a los dichos bienes, es por el legado que el testador les hizo de la mitad de ellos por la confesion del testamento.

47 ¶ Luego en la fundacion de las capellanias que dexò en su codicilo segundo dispuso de todos sus bienes que especificò, porque se ha de enten-

entender, lego todo lo que era suyo, *iuxta tex. in l. serui electione, §. fin. ff. deleg. 1. l. si domus, §. fin. ff. eodentit. cum alijs à D. Couarr. cap. 2. nu. 2. cum seqq.* porque todos los dichos bienes eran suyos, y el dominio de los bienes legados no pudo passar a las partes contrarias, nisi à morte testatoris, *l. attio, ff. de sur- tis*, y no auisendose verificado por las partes contrarias dominio en los dichos bienes por otro titulo corre sin duda lo dicho.

48 ¶ Tum, porque esto se manifiesta mas por las palabras del dicho codicilo, porque dize el maestro que quiere fundar dos capellánias de su hazienda, y despues señala los bienes, poniendoles los linderos, y declarando los marjales dellos; por lo qual se ha de entender los comprehendio todos la dicha fundacion, *Bart. in l. Iulia, §. si titius, ff. de action. empti, Afflictis, decis. 68. Capiac. dec. Neap. 14. num. 2. D. Couarr. cap. 3. num. 2. ibi: in venditionem aut legatum quidquid intra finis prescriptos continetur licet mensuram decemingerum excedat.*

49 ¶ Y es muy de ponderar que se hallassen las partes contrarias presentes a el otorgamiento del dicho codicilo, y que sin embargo que vé que el maestro dispone de todos los dichos bienes, callan, y lo consienten, cuyo consentimiento manifiesta que todos los dichos bienes eran del dicho maestro, pues no es verosímil dexaran de reclamarlo viendo que les quitaua lo que era propio dellas.

50 ¶ Y esto se corrobora por el codicilo vltimo que pretendierõ hiziesse, pues siendo así tratan de remediar lo que auia dispuesto, en el segundo solicitaron solo el reuocar la dicha disposicion en quanto a los vinos consintiendo la en quanto a los bienes rayzes.



IN VIM VOLUNTATIS.



51 ¶ Pretenden las partes contrarias que de la disposicion de el dicho testamento se deduce claramente que el maestro tuuo voluntad de que las susodichas lleuassen la mitad de los dichos bienes, y que expressamente lo dixo: *es mi voluntad que tanta parte tienen ellas como yo*; pero si bien se advierte, potius, vienen a fer palabras adulatorias las repetidas que voluntad exprella, porque conforme a la dicha disposicion se supone que la mitad de los dichos bienes era propia de las partes contrarias, luego no pudieron obrar cosa alguna en aquella mitad, las palabras, *es mi voluntad*, *iuxta textum in l. unum ex familia, §. si de falcidia, ff. delegat. 2. ibi: Quid est enim, quod de suo videatur reliquise; qui quod reliquit omnino reddere debuit?* Luego las dichas palabras, *es mi voluntad*, no suponen voluntad del dicho maestro, si no que antes se ha de entender fueron adulatorias, y por complacer a las partes contrarias.

52 ¶ Tum, porque quando fuesse cierta la dicha voluntad, quedò reuocada por las disposiciones subseqüentes, y así minime, se deue atender.

der, porque aũq̃ ex actu nullo deducitur volũtas, ex testamẽto reuocato minime potest interpretari Fulb. Pacian. *conf. 15. ex num. 83. usque ad 90. Menoch. lib. 4. presumpt. 176 ubi num. 8 resoluit tenendam hanc opinionem, reiecta contraria, Dom. Castill. tom. 5. cap. 108. num. 22. plures referens.*

53 ¶ Y ultimamente concluyo, señor, con que el fin principal de el maestro en la disposicion del dicho testamento, fue de que sus bienes se conuirtiesen en espirituales, que se fundassen Capellanias dellos, y esto fue lo que tenia tratado, y comunicado con las partes contrarias, y lo que le ocasionò a que pusiesse las dichas palabras, *digo, y es mi voluntad*, juzgando que las susodichas lo executarian, y repugnando la execucion dello las susodichas, se ha de entender faltò aquella disposicion y voluntad, *quia heredes quos volui habere non potui, titius heres esto, de la ley final, ff. de hered. insti.*

54 ¶ De que resulta no tener fundamento alguno las partes contrarias, neque in vim voluntatis, neque in vim legati, neque in vim societatis, para pretender lesto que la mitad de los dichos bienes, si no antes que to dos fueron del dicho maestro, y que sobre todos quedaron fundadas las dichas Capellanias; y asi se espera se ha de declarar. Salva V. D. C.

Yo Don Gonzalo ant. de
Cruz Y Villa Real

