

JESVS MARIA JOSEPH,

28

P O R

GASPAR DE MURGA;
como padre, y legitimo Adminis-
trador de Matias, y Ioseph de
Murga, n. 15. 18 & 19,

C O N

DON DIEGO DE VRBI-
na, Cavallero de la Orden de Ca-
latrava, como padre, y legitimo
Administrador de D. Die-
go Ioseph de Urbina.
num. 14. & 17.

S O B R E

LA SVCCESION DE LA CAPELLA-
nia, que Iuan de Tertanga Salazar mandò
fundar en Nuestra Señora la Patrona de la
Ciudad de Orduña, de 208. ducados de prin-
cipal, el año passado de 1668.

A

SIEN-

SIENDO en este pleyto, cōmō en los demàs de inteligencia, è interpretacion de clausulas esencial, copiar las que sirven; en este se han impresso todas las precisas duplicadas; y otras; que aunque no conducen sumamente, prestan claridad à las demàs; y por esto mismo no serà molesto repetir la 2. aqui à la letra, por ser en la que consiste todo el pleyto, y su decision; Dize así:

*CLAUSULA SEGUNDA DE LA
Memoria cerrada, que dexò Iuan
de Tertanga.*

Item, mando, y dispongo, se funde vna Capellania en Nuestra Señora la Patrona de la Ciudad de Orduña, que se gaste en su fundacion hasta 20j. ducados de vellon, y que aya perpetuamente dentro de la Hermita vn Capellan, el qual tenga obligacion de dezir Missa en dicha Hermita todos los dias; que de esta Memoria sea Patrono Diego de Tertanga, numer. 6. mi sobrino, y sus successores: Y si el dicho mi sobrino quisiere ordenarse de Sacerdote, la goze, y posea, con la bendicion de Dios, y la mia. Y à falta de este, y sus successores, viene à los; y llamo à los hijos, y successores de Ioseph de Murga, numer. 8. Y entienda se, que antes de estos dos, aya de entrar en la Memoria, y Capellania el hijo, ò hijas de Antonia de Tertanga Salazar, numer. 7.

² Esta Clausula es la 2. de la Memoria, que dexò, y à que se remitiò en su testamento.

2
ramiento Iuan de Tertangā; que se halla en el
pleyto duplicada. Vna vez, compulsada à pedi-
miento de Diego de Tertanga el año de 1676.
y otra à pedimiento de Ioseph de Murga el
año de 1687.

3 En la compulsada el año de 1676:
se halla la oracion, y palabras perfectas, ibi: *Y
entiendese, que antes de estos dos, aya de entrar
en la Memoria, y Capellania el hijo, ò hija de
Antonia de Tertanga Salazar.*

4 Pero en la compulsada del año de
1687. y en el protocolo no se hallan estas pa-
labras asì, sino antes diminutas, y rotas en lo
essencialissimo del articulo, y question presen-
te, porque dize asì: *Y entiendese, que antes de
estos dos aya de entrar en la Memoria, y Ca-
pellania el --- hi --- Antonia de Tertanga.*

5 No se ha puesto duda por las par-
tes, en que esta Memoria de la fundacion sea
la que el Testador dexò, y à que se remite en
su testamento; pero como las de esta calidad
estàn expuestas à padecer mas riesgo, que las
Authenticas, es de reparo gravissimo la dife-
rencia con que se halla la compulsada del año de
1676. del protocolo, y segunda compulsada.

6 Porque aunque es asì, que toda
la disposicion, y fundacion de mayorazgo, y la
mas grave se puede hazer en memoria, y ce-
dulas, como el testamento se refiera à ella, D:
Molin. de primogen. lib. 2. cap. 8. num. 11. Pat.
Molin. de instit. & iur. tom. 3. disp. 600. num.
15. Mieres de maioratib. 1. part. quest. 48. nu-
mer. 219.

7 Esto es, estando ciertos, y seguros
de

de que es la misma identificamente ; sin alteracion, ni diferencia , como la dexò escrita de su mano el Testador , Bartol. & DD. *in leg. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat. ex D. Castill. Covarrub. & alijs Don Fernando Escañõ de testament. cap. 18. à num. 20. & cap. 7. num. 27.* advirtiendo el riesgo que tienen estas disposiciones en esta forma , y tambien los testamentos, *videndus à num. 23. cum sequentibus.*

8 Pero si en esta memoria, y cedula ay enmienda , adición , testadura , ò otro qualquier defecto, no solo pierde su efecto , y estimacion , sino que passa à los terminos de dezir , que no fue , ni es voluntad perfecta la que en ella se expresa , ni se puede diferir à ella; *maximè*, en la que aviendo vivido el testador, y hechola con tanto tiempo, y acuerdo, no la copiò , y limpiò , idem Escañõ *de testament. cap. 7. num. 30.* ibi : *Et si continet multas cancellationes, & apostillas , quia non est verosimile, quod testatur in ea animum firmare voluerit.* Et ibi : *Ut si multa in apostillis in margine apposuit.* Et ibi : *Quod magis procedit si testator post factam scripturam diu super vixit, atque eam non reduxit in puram scripturam sine cancellationibus.* Et numer. 31. ibi : *Idem erit si schedula in breuiaturis, etiam rostratis scripta sit.* Et ibi, la razon : *Qua prohibetur Tabellionibus , ne quidquam per compendium scribant , ut falsi omnis evitetur occasio.*

9 Y aunque en este pleyto van llanadas las partes, en que la memoria es la misma; que

que el Testador dexò escrita, y que al tiempo de su publicacion lo dixeron los testigos, no dicen con la expresion de estar llenos estos huecos, que oytiene, en aquel tiempo, con que queda esto en terminos de que vn jayzio prudente titubee, y vacile en razon de la verdad, y seguridad de las palabras, que la faltan, y quedará por lo menos en terminos de duda, aunque se pudiera fundar mas gravedad en esta falta, y reparo.

10 Porque discurrendo sobre las presumpciones, y congeturas de falsedad, D. Crespi de Valdaura *observat. 23. num. 5. ex Menoch. de presumpt. quest. 7. à num. 71.* dize así: *Vt primus sit, qui Iudicem reddit ambiguum secundus cum sortiora argumenta occurrunt, & incipit opinari, & uni parti adharere, quæ tam vehemens appellatur.*

11 Y por esto no puede el Juez asentir firmemente, como es necesario, para la estimacion, y decision, Iuan Garcia *de nobilit. gloss. 4. num. 31. in fine,* his verbis: *Et non potest in hoc Iudex habere constantem animi voluntatem.*

12 Especialmente, quando es causacivil, en la qual la sospecha quita la fee al instrumento, Dom. Larrea *allegat. 96. Barbosa voto 68. Pegas resolut. 19.* y la falta, y diferencia se halla en el protocolo, y compulla de el año de 1687. y en la del año de 1676. está perfecto, y sin reparo, en que se ofrece el del interés particular de la parte, pues funda toda su justicia en aquellas letras que faltan, *& quod presumitur laceratus,* por el interesado, fundò

con todos Valeton de *transact. titul. 2. quest. 12. num. 17.* § 18.

13 Y esto fuera dispensable, si no se hallara en clausula tan substancial, y esencial; y en este caso solo se pudiera persuadir, no tenia eficacia, *cap. fin. de crimin. falsi*, ibi: *Nisi paucarum litterarum rasuras, quæ nequaquam sapientis animum indubitationem vertere debuerunt*, Farinac. *quest. 152. num. 27.* § 45. § *quest. 153. num. 68.*

14 Pero quando se halla en tan esencial, y substancial parte, la falta, y diferencia, que en las palabras que faltan funda su justicia, no solo muchas letras que falten; pero aunque no falte ninguna, sino solo que se diferencien, quitan del todo la fee al instrumento, y aunque sea publico, y no se puede diferir a èl, ni estimar, Don. Larrea *allegat. 96. num. 27.* ex expressa decisione textus in *cap. interdilectos 6. de fide instrument.* en cuya especie solo la diferencia de vna letra en el nombre de *Lotardo, ò Luitardo*, quitò la fee al instrumento; Farinac. *de falsitat. quest. 153. num. 159.*

15 Y así mal se puede asegurar firmemente, que tienen llamamiento las hijas de Antonia de Tertanga, en fuerza de estas palabras, que se hallan rotas, y canceladas en la memoria original, protocolizada, y compulsada el año de 1687. y solo podia quedar en terminos de duda, *si quando se entregò al Escriuano le faltauan aquellas palabras, ò no*: Y quando esto no resulta, no parece se puede estimar por la sentencia.

16 En el caso presente es mas claro el

el arguementò , y sin razón de dudar el reparo , de que nunca en la clausula hubo , ni se puso la palabra *hijas* , ni pudo poner , por quantò le constava al fundador , que no tenia mas que *vna hija* , y *dos hijos* Antonia de Tertanga ; y así propio ore , en la clausula inmediata antecedente de la misma memoria lo dize , ibi : *Item, mando à los dos hijos , y à la vna hija de Antonia de Tertanga à 500. ducados , &c.* Y aunque la memoria es fragil , *leg. peregra 44. ff. de acquirend. possess.* no tanto , que en el mismo acto inmediatamente se crea , ni presume olvido , en mienda , error , ò correccion , Pareja *de instrument. edit. tit. 2. resolut. 6. num. 304.* Dom. Castillo *lib. 4. controu. cap. 37. num. 17.* y menos quando los tratò , y conociò , y tenia por esta razon particular afecto , y los llamò , *leg. si quis in suo 33. Cod. de inofficios. testament.*

17 Y porque si se conservassen estas dos clausulas enteramente , en vna hallamos *el hijo* , ò *hijas* , y en la otra *dos hijos* , y *vna hija* , que inducen , y prueban incompatibilidad , y repugnancia , la qual se ha de huir , y evitar quanto se pueda , *DD. in leg. ubi repugnantia , ff. de regul. iur. cap. cum expediat de election. lib. 6.* Barbol. *axiom. 58. à num. 1.* y así en esta duda , y ambigüedad no se puede fundar , tienen llamamiento para la Capellania , las hijas de Antonia de Tertanga .

18 Con que parece , que hallando tanta duda , y dificultad en la verdad de las palabras de esta clausula , y su existencia , no se puede assegurar , que en fuerça de literal , y

expreso llamamiento se incluye D. Diego Joseph de Urbina.

19 Pero sin que sea visto apartarse de estos reparos, y fundamentos, y antes insistiendo en ellos, para todo lo que pueda ayudar su derecho, dize Gaspar de Murga, que segun la clausula, y sus palabras, y por toda la disposicion, y assimismo por la de el testamentario, y comissario tiene clara exclusion D. Diego Joseph de Urbina, y se incluye notoriamente Gaspar de Murga, por la persona de Matias de Murga su hijo.

20 Y para que con claridad se pueda entrar en la inteligencia, y explicacion de la clausula, es preciso hazer algunos presupuestos, que son el que en las Capellanias, y Aniverfarios, quando no ay especial disposicion del fundador, se succede por las reglas de los mayorazgos por costumbre vniversal de España, de que testifican Gomez, Dom. Molin. Guierrez, Leon, Barbosa, Gonzalez, y otros que alega Mostaço *de causis pijs, lib. 3. cap. 2. num. 150. ibi: Si enim nihil disposuerit, in Hispania, in barum Cappellaniarum successione, adest consuetudo, ut secundum regulas maioratus successiones fiant.*

21 Pero aviendo clausula, ò disposicion, y voluntad de que se succeda, *ad instar maioratus*, todas las reglas de los mayorazgos gobiernan la succession de la Capellania, en que no ay duda, ni controversia, *leg. 13. § 14. tit. 7. lib. 5. Recopilat. Dom. Molina lib. 1. cap. 1. num. 26. & ibi Addentes num. 29. Dom. Castillo lib. 5. controvers. cap. 65. num. 85. § lib.*

5
lib. 3. cap. 9. num. 273. Rojas de incompatibil. 84
part. cap. 3. num. 33.

22 Y esto corre igualmente en Beneficios, aunque sean Eclesiasticos, Dom. Paz de tenuta, cap. 51. numer. 6. que dize como se gobierna la sucesion, y todos los bienes *ad instar maioratus*, la representacion *por la ley 40. Tauri*, la probança *por la ley 41.* la traslacion de la posesion *por la 45.* las mejoras, y edificios *por la 46.* y junta los DD. de primera nota, y esto mismo resuelve Mostaço lib. 23. cap. 11. num. 2.

23 Y de todos es principio firme, y seguido, que el llamamiento de Capellan en las Capellanias, *vel unius vocatio ad Cappellaniam*, induce mayorazgo, y se ha de suceder por sus reglas, Rojas de incompatib. 1. part. cap. 7. num. 36. es 37. & ibi Aguila num. 123. 124. 125. 126. alegando, Dom. Castillo lib. 5. cap. 90. num. 38. y à Dom. Paz *ubi supr.* y otros.

24 Esta Capellania, y su Patronato es Laycal, y aviendose estimado assi por los autos, y sentencia dada por los Comissarios, y Juezes Apostolicos el año passado de 1683. la devemos estimar siempre por temporal, y de sucesion regular; *maximè*, quando no se oponen los llamamientos, y voluntad del fundador, que antes parece conforme.

25 Pero quando padeciera alguna ambigüedad, ò duda, el Comissario, y Testamento hizo la fundacion, y sus llamamientos, en virtud de poder, y facultad, que para ello tuvo en forma de vna sucesion regular de mayorazgo, con prelacion del mayor, y de

más circunstancias, y por esta disposición se ha gobernado la sucesión siempre, y à ella se han aquietado siépre las partes, è interesados:

26 Y aqui es preciso dezir quanto obra, y de quanta essencia, y eficacia es la declaración del Testamentario, de que es copioso sílismo lugar el de el señor Castillo *tom. 6. controvers. cap. 182. per totum.*

27 Pero quando el testamentario, ò poseedor (que vno, y otro fue Diego de Tertanga) pudo entender del fundador la forma de los llamamientos, y personas que quiso preferir, por la declaración de este se juzga el pleyto, y controversia, Dom. Molina de *primog. lib. 1. cap. 8. num. 38.* his verbis: *Sed quamvis ultimus maioratus possessor non possit, quid piam, ex ijs, qua eius institutor disposuit alterare, poterit tamen dubiam illius dispositionem interpretari designando in suo testamento illum, que arbitratur maioratus institutorem in eiusdem successione preferre voluisse; eaquè interpretatio, si verisimilis sit à Iudicibus sequenda, vel saltim summe consideranda, atquè estimanda erit, quod quando ultimus maioratus possessor, id, ab institutore intelligere potuit admittendum erit, alega infinitos, y sus Adicionadores.*

28 Aviendose de succeder por las reglas de los mayorazgos, y por los llamamientos de Diego de Tertanga, es clara la exclusion de Don Diego Joseph de Vibina, porque por muerte de Diego de Tertanga sucedió Don Pedro Antonio de la Cantera, *aviendose primero ordenado el dia doze, y entrò*
ca

6
en posesion el dia 19. de Febrero del año de
1680. y falleció el año de 1686. el dia 23. de
Agosto, en cuyo tiempo no tenia hijo varon
Doña Antonia de Tentanga solo tenia vna
hembra, que era Doña Isabel, quien no estava
casada, ni se casò hasta el dia 29. de Julio del
año de 1687.

29 Y como se hallava nacido, y
bautizado desde el dia 24. de Febrero de
1682. Matias de Murga, num. 18. hizo transito
la succession, y se le transfirió la posesion
civil, y natural, por ministerio de la *ley 45. de
Toro*, porque la succession de los mayoraz-
gos, y de las Capellanias, y Beneficios funda-
dos, *ad instar maioratus*, no puede estar pen-
diente, ni vacante, *neque per momentum*, Dom.
Molina de *primog. lib. 3. cap. 12. num. 20. §.
21.* & ibi Add. Dom. Castill. *lib. 5. controvers.
cap. 91. num. 50.* Rojas de *incomp. 5. part. cap.
3. per totum, §. num. 14. §. 15.*

30 Porque en los mayorazgos de
calidad, y en las Capellanias, y Beneficios en
que es precisa calidad, aunque se atiende la li-
nea es en tanto quanto se halla en ella succes-
sor con la calidad, pero faltando en vna línea
se busca en otra, y adonde està la calidad es
donde està el legitimo, y verdadero successor,
y se transfiere la posesion civil, y natural por
ministerio de la *ley 45. de Toro*, Dom. Molina
de *primog. lib. 3. cap. 8. num. 8.* Mieres de *maio-
ratib. 2. part. quest. 4. à num. 7.* Dom. Castillo
lib. 5. controvers. cap. 95. à numer. 20. Pegas
variar. resolut. cap. 4. à num. 91. Aguila ad Ro-
jas de *incompatibil. 1. part. cap. 8. num. 23.*

31 Y esta es la diferencia que ay de la succession de Capellanias, y Beneficios à los mayorazgos regulares, para que en estos precisamente se atienda à la linea, pero en las Capellanias, y Beneficios, con que se halle calidad, y capacidad de poder obtener la Capellania, Mostazo de *causis pjs*, lib. 3. cap. 2. numer. 25.

32 Con estos presupuestos se hará mas clara, y evidente la clausula de la disposicion del fundador, segun las palabras de que la compuso, mirandola, y reconociendola *por el todo, y por partes, y declarada por el Comissario, testamentario, y primero poseedor, y Capellan que fue Diego de Tertanga su sobrino, y de todo este discurso se hallará claro, el que en esta Capellania en ningun tiempo pudo suceder hembra.*

33 Porque se ha de advertir, que en la clausula haze dos disposiciones Iuan de Tertanga, que son la Capellania de veinte mil ducados de principal, y el Patronato della: En la Capellania, no solo quiere, que sea varon el poseedor, sino que se aya de ordenar, y así dize: *Que funda vna Capellania en Nuestra Señora la Patrona de la Ciudad de Orduña, que se gasten en su fundacion veinte mil ducados, y que aya perpetuamente dentro en la Hermita Capellan, y tenga obligacion de dezir Missa cada dia, y que de esta memoria sea Patrono Diego de Tertanga, y sus successores.*

34 De forma, que hasta aqui se hallan dos fundaciones distintas; vna de Capellania Sacerdotal, y otra de su Patronato: La Capellan
per

pellania con la calidad ; y gravamen de las or-
denes. *Lo primero*, porque la palabra Capel-
lan, y su propia, y verdadera significacion, aun-
que se contente con Clerigo de menores Or-
denes, nunca es capaz, ni comprehende hem-
bra, Dom. Perez de Lara de Capellan. *Et anni-*
uers. lib. 2. cap. 5. num. 15. ibi: Et sic licet ex vi
vocabuli Capellanus solum requiratur, quod sit
Clericus etiam prima tonsura, Et habeat aeta-
tem ad Beneficia, quae est 14. annorum, Conci-
lio Tridentin. Sess. 23. de Reformation. tamen
propter adiunctum vocabulum illud SACER-
DOS efficitur Capellania. Sacerdotalis adque
ita hanc sententiam tenent Caerola in practica.
Episcop. verb. Beneficia, num. 7. ubi dicit sic
fuisse pronunciatum.

35 Y esto es expreso, pues para que
la pueda gozar Diego de Terranga, le impono
el gravamen del orden Sacerdotal en las pala-
bras siguientes, ibi: *T si el dicho mi sobrino qui-*
sicre ordenarse de Sacerdote, la goze, y posea
con la bendicion de Dios, y la mia.

36 *Lo segundo*, porque el grava-
men, y carga de dezir las Missas es personal, y
derechamente impuesto a la persona, y a su in-
dustria, que pende del cuydado, y obligacion
personal del Capellan, y de executar la volun-
tad del fundador, la qual consiste en que por su
persona diga Missa cada dia.

37 Y esto por dos razones, no pue-
de convenir a hembra. La vna, por su incapaci-
dad natural. Y la otra, porque siempre ha de
atender a que quiso, y dispuso el fundador lo
que fuesse mas del servicio de Dios, y de la

Iglesia, à quē tampoco pūede asistir, y cum-
plir hembra, y por este esto entendido, y juz-
gado por todos los DD. que el gravamen, *ut*
Capellanus Missas celebret, requiere precisa-
mente, quando menos aptitud, yà que no Sa-
cerdocio actual.

38 Con todos, y alegandoles lo re-
solviò Mostazo de *causis pijs*, lib. 3. cap. 5. nu-
mer. 9. his verbis: *Quia illa verba Missas ce-
lebret non diriguntur directè ad onus sed ad
personem, ut venè considerat Castillo contro-
vers. lib. 5. cap. 90. num. 41. est enim in Capella-
nia, onus Missarum. Tum persona, qua debet
illud onus ad implere. Quādo enim fundator di-
cit, Capellanus Missas celebret, nō agit de impo-
sitione oneris directè, sed persona, qua illud ad
implere debet, ut est ipse Capellanus, ergo dire-
ctè clausula illa, diriguntur in personam Capel-
lani, ita ut ille obligatus remaneat per se ad
illas Missas dicendas, Gutierrez consil. 1. num.
1. ad finem. Caterum quando verba diriguntur,
ad personam, sūt in presentiarum, censetur ele-
cta industria persona de qua fiduciam habuit
fundator, rectius ad impleturam, cap. quoniam
Abbas 14. de offic. delegati, vbi Abbas cap.
quoniam 43. eodem cap. dilecti 23. de rescrip-
tis, sed verba diriguntur precisè ad personam
cum dicit fundator celebret Capellanus, ergo
tenetur ad implere per se id quod semper indu-
bio admittendum, nempè electam esse indus-
triam persona.*

39 Y en el num. 10. dize alsí: *Præ-
terea interpretatio verborum fundatoris ita
facienda est, ut congruat ipsis verbis, leg. 4. §.
quo-*

quoties, ff. de damno infesto, leg. si ancillas 11.
 ff. de legat. 1. ergo quando dicit testator Capel-
 lanus Missas dicat, non est facienda interpre-
 tatio, ut alius per illum celebret, hoc enim illis
 verbis non convenit, sed tantum, quod ipse per
 se celebret. Rursus dicens fundator Capellanus
 celebret non solum vult effectus Missarum, sed
 vult, ut rectius fiat celebratio ab ipso Capellano,
 & maiori Cura, quam à substituto mercenario,
 ergo tenebitur ipse Capellanus se ipsum cele-
 brare.

40 Ten el num. 11. inclinandose, à
 que en las Capellanias de esta calidad es neces-
 sario el Sacerdecio para obtenerlas, expressa la
 razon con muchas que le asisten para su ten-
 tencia, his verbis: Denique in fundatore Capel-
 lania credendum est velle omnia facere, & dis-
 ponere prout magis ad seruitium Dei expe-
 dian, idcirco presumendum velle instituire
 Capellanum, qui per se celebret, quam tonsu-
 ratum tantum, qui ociosè degat, & absque la-
 bore emolumenta percipiat, ex quo tanta dam-
 na proueniunt in Ecclesia dum Capellani isti
 tantum tonsurati, ad nihil in illa deserviant,
 verum vitijs, & vanitati traditi statum Ec-
 clesiasticum deturpant, Barbosa de uniuers. iure
 Ecclesiastico, lib. 3. cap. 5. num. 30. in fine.

41 Lo tercero, porque aviendo si-
 do mas amado, y predilecto D. Diego de Ter-
 tanga, pues le llamò en primero lugar para el
 Patronato, y Capellania, y le encomendò la
 fundacion de vno, y otro, y toda la disposicion
 de su hazienda, declaracion, llamamientos, y
 substituciones para la successiõ, sin embargo le

precisò à ordenarse para obtener la Capellania, ibi: *X si el dicho mi sobrino quisiere ordenarse de Sacerdote, la goze, y posea*, es visto aver impuesto esta carga, y perpetuado este gravamen à todos los que quisiessen, y pretendiessen ser Capellanes.

42 Porque no son, ni se pueden considerar estos de mejor condicion, ni de mayor estimacion para el fundador, que el que el conociò, llamò, y amò, antes si se puede creer lo contrario; y asi es regla de Derecho, que la voluntad expressa en la institucion, y la dileccion que manifestò, instituyendo, es la misma, y se ha de entender en las substitutiones, y demás llamamientos, *leg. 1. Cod. de impub. § alius substitut. leg. Lutius, §. pater, ff. ad Trebell. leg. qui liberis, §. final, ff. de vulgari, §. pupil. Bartholus in leg. Centurio, ff. de vulgari, Morquecho de divisione bonorum, lib. 4. cap. 2. numer. 8.*

43 Tanto más aviendo vencido, y logrado con el fundador el cariño, de que le encomendasse la comission de fundar las Capellanias, y Obras pias, y disposicion de todos sus bienes,

44 Porque estas execuciones solo se fian, y cometen à los amigos, y carísimos; *leg. quidam 96. §. penultimo, leg. si à pluribus, ff. de legatis 1. leg. si quis Titio 17. ff. de legatis 2. leg. alumna 9. leg. alio herede, ff. de alieni mentis legatis, Iustinianus nouella 101.* y de cuya conciencia, virtud, y proceder tiene experiencia el testador; porque *nullum inanis est se solatium mortis, quam voluntas ultra mor-*

9
tèm, dixo Tacito lib. 2. *Annalium*, ibi: *Nam hoc praeipuum amicorum est munus prosequi defunctum, ignavo questu, sed quod voluerit meminisse, quae mandauerit exequi*, Casiodoro lib. 5. *variar. Epista 21. Vivat tibi perpetuis saeculis decedentium voluntas transeat impersterum iudicia parentum.*

45 Esto se haze mas claro por la Clausula 4. del codicilo del fundador en que dispensa esta calidad del gravamen de Sacerdicio, que avia impuesto à Don Diego de Teranga para obtener la Capellania, por la regla conocida de Derecho, *scilicet exceptio firmat regulam in contrarium*; y lo que en este fue dispensacion en los demás sucesores, y poseedores quedò por precisa obligacion, *leg. nam quod liquide, §. final, ff. de pœnu legata, leg. cum prator, ff. de iudicijs*, Mieres de *maiorat. 1. part. quest. 22. à num. 2. D. Castillo lib. 5. controuers. cap. 179. num. 11.*

46 Y no se responde con dezir, que aver dicho el fundador, *que si quisere ordenarse*; no fue precision, sino antes dexarlo en la voluntad de su sobrino; porque es assi, que el obtener la Capellania por la clausula de la memoria, sino se huviera dispensado, consistia en su voluntad de ordenarse; pero sin ordenes no la pudiera obtener: y por esto le llamò solo al Patronato, y à la Capellania, *ordenandose*, y sin ordenes no tiene llamamiento.

47 Y porque vulgar cosa es, que la diction, *Si*, importat *conditionem*, *leg. quibus diebus, §. quidam in principio, ff. de conditionib. §. demonstr.* Barbosa *diction. 364. à n. 1.*

Y porq̄ue la naturaleza de la Capellania fue siempre, y es Sacerdotal desde su fundacion, y juntando esta calidad con la dispensacion de la clausula de el codicilo, *porque significatio vocabuli mutatur ex adiunctis; & adiuncta faciunt, ut vocabulum plura, vel pauciora comprehendat, leg. si servus legatus; S. qui quinque, ff. de legatis 1. Bartholus in leg. liberorum, num. 13. ff. de verborum significat.* Dom. Lara de annivers. lib. 2. cap. 5. num. 14. sale, y se haze vna perfecta consonancia, y sentido, de que lo que fundò Iuan de Tertanga fue vna Capellania Sacerdotal para los Clerigos de su parentela, y que succediessen en ella, segun las reglas de los mayorazgos, los que fuessen mas proximos en linea, como tuviesen la calidad de cuya succession son incapaces por su naturaleza, y sexo las hembras, y Don Diego Ioseph de Urbina, porque nació en tiempo inhabil, y despues de averse transferido la possession en la linea de Mathias de Murga.

Y asimismo fundò vn patronato de esta Capellania, y de las otras, y de las Obras Pias, en que aunque se conserve la clausula, con las pabras de que està rota, y lacerada, puedan succeder las hembras, y así se ha de entender con la misma claridad, y por la misma expresion de palabras con que se explicó el fundador, *singula singulis referendo.*

Esto es, que aviendo fundado Capellania, y Patronato, ayán de entrar en la Memoria, y Capellania el hijo, ò hijas de Antonia de Tertanga, el hijo en la Capellania, en la

la Memoria , y Patrōnato las hijas.

51 Y esto es claro , porque para despues de fundada la Capellania para dar el Patronato à Don Diego de Tertanga su sobri- no, num. 6. dize : *Que de esta Memaria sea Patronato* , y dividiendo del Patronato la Ca- pellanìa , dize : *Que para ser Capellan se Or- dene de Sacerdote* , y aviendole explicado en esta forma para llamar los descendientes de Antonia de Tertanga , para aver de hazer jun- tos los llamamientos juntò tambien la Memo- ria , y Capellania para q̄ los hazia , y dixo : *Aya de entrar en la Memoria , y Capellania el hijo , ò hijas de Antonia de Tertanga* , singula singulis referendo , como antes queda dicho , *esto es* , el hijo en la Capellania , las hijas en la Memo- ria , y Patronato , cada vno para lo que era capaz.

52 Y qualquiera sentido , inteli- gencia , ò explicacion que no sea esta , es in- compatibilidad , y repugnancia imposible de acomodar à la voluntad , y palabras de la clau- sula , antes se ha de discurrir en buscar la con- formidad , y dar à cada vno respectivamente varones , y hembras , lo que son capaces , y no mas , *leg. mulieri , § Titio 74. ff. de conditio- nib. § demonstrat. leg. si Titio , ff. de legatis 2. leg. 1. Cod. de indicta viduitate tolenda , Dom. Castillo lib. 5. controvers. cap. 97. num. 5. §. prapue , num. 13.*

53 Esto es mas claro con la decla- racion de Don Diego Tertanga , primero Ca- pellan , y poseedor , y testamentario , quien en la fundacion que hizo , y por repetidas clausu- las

las de ella, declaró la calidad de la Capellanía; y por la septima, que en ningun tiempo ha de poder suceder hembra en la Capellania, aunque sea Patrona, y con esta forma se entendió siempre lo mismo que aora, de que las hembras fuessen capaces, y pudiesen suceder en la Memoria, y Patronato, no empero en la Capellania, y quanto importa, y vale esta declaracion, y como se deve estar, y diferir à ella, yã queda fundado *supra num. 27.*

54 Y aqui se ha de advertir, que à esta declaracion, y disposicion de Diego de Tertanga no se pueden oponer las partes, ni dezir contra ella, asi por lo que està fundado; *supra num. 27.* como porque por la fundacion; que este hizo, en virtud de la facultad que le diò el fundador, es la regla por donde se han gobernado siempre los grados, y llamamientos, y por donde se gobiernan las partes; y por esta es por donde se pretende incluir D. Diego de Urbina, en fuerça de ser de mayorazgo; que no ay otra, ni clausula, ni disposicion mas de la que hizo este Comissario su sobrino, y no puede ser, diferir à ella en lo que le tiene con veniencia à Don Diego Joseph, y en lo demás no; y querer persuadir, que excedió en declarar la calidad de la Capellania, y explicar no es capaz de hembras, y que no excedió en declararla por de succession regular *ad instar maioratus*; porque en esto asegura, el que succedia el varon, que no avia nacido quando murió el ultimo poseedor Don Pedro de la Cantera, y que aquel medio tiempo poseyò Doña Isabel de la Cantera y Tertanga, y no tenia hijo var-

171

ron, pues no puede tener subsistencia, y validacion por partes, y es preciso confesarla en todo, y diferir à todos sus clausulas, y aun de vna clausula sacar luz, y razon para la inteligencia, y claridad de las demàs, *ex leg. qui filiiabus* 17. *ff. de legat. 1. cum vulgat.*

55 Que Gaspar de Murga no pidiese la posesion actual en muchos años, no es parte, para que le quiten, y disminuyan su derecho, porque que la taciturnidad pueda producir algunos efectos, està bien, *leg. si quis forte, ff. de panis*, ibi: *Curtandiu tacuit*, donde dixeron algunos, que era menester dezenenio, para hazer presumpcion bastante, *Dom. Larrea allegat. 96. num. 22.*

56 Pero no el de privar de su justicia, y derecho, quando consta verdaderamente de ella, y especialmente en la naturaleza de las Capellanias, y su succession, lo advirtió *Dom. Lara de Annivers. lib. 2. cap. 1. num. 33. Et seqq.*

57 Y porque la verdad, y la justicia no la obscurecen, ni menguan el tiempo, el silencio, ni la aquietacion de las partes, *Tacito lib. 6. Annal. de Marco Terencio*, *P. Marquez de gubernat. lib. 6. cap. 15. Pat. Torres lib. 24. Philosoph. Moral cap. 10. Et 11. Seneca lib. 7. de benefic. cap. 1. Et epistol. 33. 49. Et 79. Et lib. 1. de ira cap. 16. Et lib. 2. cap. 29. Feloaga Enchirid. cap. 10. per tot. Et num. 88.*

58 Y en este caso tiene mas clara respuesta, por quanto la posesion actual en la succession de los mayorazgos no se atiende, ni considera, sino aquel en quien trasfirió por su

ministerio la posesiõ civil, y natural, la ley
45. de Toro, de que es docto, y copioso lugar el
de Dom. Olea tit. 3. quest. 4. per totam.

Con que parece, que por todos medios
pretende justamente Gaspar de Murga, se con-
firme la sentencia que es de propiedad, por las
palabras de que se compone, que es de las que
se deve vestir, y hazer, quando los pedimien-
tos estàn hechos en la forma que los de este
pleyto, alegando posesiõ, y propiedad à vn
misimo tiempo, vt notat Rojas de incompatib.
[5. part. cap. 5. num. 43. y la sentencia Hispana
Sermone refiere à la letra, dicta 5. part. cap. 2.
num. 71. afsi lo espera. Salva in omnibus.

Licenciado Don Manuel
de la Rasilla Ribero,