

27



P O R

GASPAR DE MURGA,
num. 15. como Padre, y legitimo ad-
ministrador de Mathias de
Murga, num. 18.

C O N

DON DIEGO DE VRBINA, CAVALLERO
del Orden de Calatraba, num. 14. como Padre, y le-
gitimo administrador de Don Diego Ioseph de
Vrbina, num. 17.

S O B R E

LA SVCCESION DE LA CAPELLANIA, QUE IVAN
de Terianga Salazar, num. 3. mando fundar en la Hermita de
Nuestra Señora la Patrona de la Ciudad de
Orduña.

A

Ay

1
AY sentencia de Vista dada por el Iuez Mayor de Vizcaya, por la qual absolvió à Don Diego, y Don Diego Ioseph de Urbina, de la demanda puesta por Gaspar, y Mathias de Murga, los quales pretenden se ha de revoçar, declarando por legitimo sucessor de la Capellania à Mathias de Murga.

2 En este pleyto se ha echo memorial ajustado con todas las Clausulas, que pueden conducir para su determinacion, y assi se omite todo lo que pertenece al echo solo se pondrà la Clausula de la fundacion de la Capellania, y sus llamamientos, por aora como suena en el rraslado sin perjuicio de la verdad, y lo que en quanto à esto està escrito; dize pues assi, memorial num. 2.

3 *Item mando, y dispongo se funde una Capellania en Nuestra Señora la Patrona de la Ciudad de Orduña; que se gaste en su fundacion hasta 2000. ducados de Vellon; y que aya perpetuamente dentro de la Hermita un Capellan; el qual tenga obligació de dezir Missa en dicha Hermita todos los dias, y que de esta memoria sea Patron Diego de Tertanga, num. 6. mi sobrino, y sus sucessores; y si el dicho mi sobrino quisiere ordenarse de Sacerdote, la goze, y posseda con la bendicion de Dios, y la mia; y à falta de este, y sus sucessores viene à los, y llamo à los hijos, y sucessores de Ioseph de Murga, num. 8. y entienda se que antes de estos dos aya de entrar en la Memoria, y Capellania el hijo, ó hijas de Antonia de Tertanga Salazar, num. 7.*

4 El que aspira à la sucesion de Mayorazgos, ó Capellanias laycales (que en uestra España si guen sin controversio las reglas de los Mayorazgos, cum D. Molin. & alijs Moltazo de Causa pijs tom. 1. lib. 3. cap. 2. num. 30.) se halla precisado, para aver de obtener, y justificar tres cosas, *Vocatum fuisse, habere qualitatem, sub qua vocatus, & sue substitutionis casum e-venisse.* D. Larrea deciss. 33. num. 33. D. Casullo lib. 5. tom. 6. controvers. cap. 136. num. 68.
Que

5 Que Mathias de Murga, num. 18. tenga llamamiento resulta de la misma fundacion, y no se niega; como ni el que en el concurren las calidades necesarias, mayormente quando en la estimacion de los contrarios no se desea alguna, y pretenden incluirse por embra, haziendo regular su sucesion. Sobre si ha llegado, ò no el caso de su substitution, y llamamiento es la dificultad, por hallarse con prelación de línea Don Diego Joseph de Urbina, num. 17.

6 Y porque el incluirse Mathias de Murga consiste en excluir à Don Diego Joseph de Urbina, y su línea, será preciso manifestar, como ni Don Diego Joseph, num. 17. ni su madre Doña Isabel Maria de la Cantera, num. 14. (que son las personas, q̄ se interponen desde la vacante, por fin, y muerte de Don Pedro Antonio de la Cantera, num. 12. su último poseedor) pueden competir con Mathias de Murga, num. 18.

7 No Don Diego Joseph de Urbina, num. 17. porque este nació el año pasado noventa y vno, aviendose cassado, y velado sus Padres el año de ochenta y siete. Memor. num. 84. & 83. Y así no se hallava nacido; ni engendrado al tiempo, que murió Don Pedro Antonio de la Cantera, num. 12. su último poseedor, que fue en veinte y tres de Agosto de ochenta y seis. Memor. num. 81. Por lo qual no puede competir con Mathias de Murga, num. 18. que se hallava al tiempo de la vacante de quatro años y oytomas, pues se bautizó en veinte y quatro de Febrero de ochenta y dos. Memor. num. 78.

8 Porque en las sucesiones de Mayorazgos, Patronatos, Vinculos, Aniversarios, Capellanías, feudos, foros, fideicomissos perpetuos, y todas las demas disposiciones, que siguen las reglas de los Mayorazgos, se atiende, y contempla la existencia, capacidad, habilidad, proximidad, y calidad, del que pretende suceder en ellos, al tiempo de la muerte del

4
ultimo poseedor; de fuerte que los que *tunc tempo-
ris* no se hallavan *nec nati, nec concepti*, aunque les as-
ta la prerogativa de linea, grado, ò sexo, no exclu-
yen à los que se hallaron habiles al tiempo de la vacan-
te, y que no vbieran succedido, si vbieran concurrido,
los que sobrevinieron; per textum in l. §. si quis pro-
ximior. ff. vnde Cognati, ibi: *Sed hoc ita demum erit
accipiendum, si hic, qui in utero esse dicitur, vi-vo eo, de
cuius bonorum possessione agitur, fuit conceptus: nam si post
mortem, neque obstabit alij, neque ipse admitetur*, l. 1. §.
sciendum 8. l. titius 6. cum l. seq. ff. de suis, & legi-
timis, & alios D. Molina de primog. lib. 3. cap. 10.
vbi duodecim fundamenta affert. Cum D. Solorzano,
Castillo, Augustino Barbof. Mario Cutello, & alijs
D. Olea de Cision. iurium tit. 3. q. 4. per totam, pre-
cipue, num. 1. & 2.

9. La qual sentenciam los Adicionadores al
Señor Molina dicto, lib. 3. cap. 10. num. 1. la tie-
nen por más reci vida, *es que sit in iudicando, es consu-
lendo tenenda*, mayormente en las disposiciones, en que
en nuestra España se succede, conforme à las reglas de
los mayorazgos, per textum in l. 45. Tauri, y así en
el versic. *ampliatur*, resuelven que en los Aniversarios,
y Capellanias, à que es llamado el pariente mas pro-
ximo Sacerdote, deve ser preferido el mas remoto,
que se allava con calidad de Sacerdote al tiempo de la
vacante, aunque antes que à este se le haga la institu-
cion, se ordene de Presbitero el mas proximo parien-
te: Como en el versic. *es hinc est*: que en las Capellanias
en que son llamados los Clerigos parientes, y en su de-
fecto los estraños; si al tiempo de la vacante no se hal-
lavá pariente, aunque despues se ordene, *etiam penden-
te lue, non revocabit extraneum institutum*: per text. in
cap. 1. de Vassall. milit. qui arma bellic. de pos. cum
D. Lara, Joanné Gutierrez, Cevallos, Espino, Gar-
cia de Beneficijs 2. tom. 7. p. cap. 1. num. 73. & 74.
vbi affert Rotæ diciss. Roxas de incompatibilitate p. 5.
cap.

cap. 2. per totum, el qual aunque llevò la contraria,
quando el mayorazgo *Vacat per contraventionem posses-*
foris, (*adversus quem D. Olea in additionib. ad dict. tit.*
3. q. 4. post finem) pero en caso, que vacò por muerte,
te, que es en los terminos, en que nos hallamos, si-
gue la comun.

10 Luego no hallandose, ni nacido, ni con-
cebido Don Diego Joseph de Urbina, num. 17. al
tiempo, que vacò la Capellania por la muerte de
Don Pedro Antonio de la Cantera, num. 12. aun-
que le asista la puelacion de linea, *neque obstabit alij, ne*
que ipse admittetur en competencia de Mathias de Mur-
ga, que ya se hallava nacido, y con algunos años.

11 Tampoco puede competir Doña Isabel
Maria de la Cantera, num. 14. madre de Don Die-
go Joseph de Urbina, num. 17. aunque esta concur-
riò con Mathias de Murga al tiempo de la vacante:
porque segun fundaremos en el articulo principal de
este pleyto, la sucesion de esta Capellania pide ne-
cessariamente la calidad de Varon, y assi nunca se pu-
do radicar en la sufo dicha el derecho de la sucesion,
y consiguientemente passò à Mathias, num. 18.

12 Sin que obste que Doña Isabel Maria
num. 14. se halle con la prerogativa de linea, y gra-
do: *quia non est curandum de proximitate gradus, & lineæ,*
nisi inter illas personas, in quibus adest prerogativa, seu qua-
litas exoptata à testatore per text. in cap. vnic. de eo, qui
sibi, & hæredibus suis, D. Molina de primogen. lib.
3. cap. 8. num. 8. D. Castillo lib. 5. controvers. cap.
93: à num. 18. Peregrino de fideicomiss. art. 20. nu-
mer. 11. Águila ad Roxas 1. p. cap. 8. num. 23. y
assi toda la dificultad consiste en manifestar estar ex-
cluydas de dicha Capellania las embbras.

ARTICULO, EN QUE SE
manifiesta ser de calidad la fundación
de la Capellania, y estar excluy-
das las hembras.

EL desempeño de este articulo nace de la inteligencia de la clausula, que dejamos supuesta, y otras, que referiremos: y para ello estimo por mas seguro, que esta Capellania es laycal, por no aver concurrido en su fundacion los requisitos, que para ser Ecclesiastica previno Geronymo Gonzalez ad regulam 8. Cancellariae glos. 15. à num. 6. cum seqq. Y que en ella pudiera succeder el lego, y muger, sino se atravesasse la voluntad del testador, pidiendo en el successor alguna calidad, ó condicion, que puede muy bien hazer, Gonzalez sup. à num. 100. Por las quales quedassen excluidos, como en el caso presente, porque aunque se quedan en el ser, y naturaleza de Capellanias laycales, pero para su gozo, y obtencion, es necessario, que concurren en el successor la capacidad, y calidad, que deseò, y puso el fundador: Gonzalez vbi supra num. 26. & à num. 100. Mostazo de causis pijs lib. 3. cap. 2. num. 2. ibi: *dum sint idonei iuxta qualitatem fundationis*: & num. 43.

Por lo qual no pueden succeder en esta Capellania las mugeres, por pedir el fundador en los successores la calidad de orden, segun clara, y literalmente resulta de sus clausulas, quando yastaban conjeturas, pues no solo por voluntad expressa, sino por tacita, y congeturada, quando concurren verisimiles presunciones, se estiman las Capellanias por de calidad de orden, como en terminos de Sacerdotio cum

D.

7
D. Lara de Anniversarijs, & Capellanijs lib. 2. cap. 5.
num. 20. & 21. Cevallos, Ricio, Aymon, & alijs
D. Castillo contróves. lib. 5. cap. 90. num. 46. sin re-
currir, pues à esta opiniõ resulta literalmente de la
misma fundacion estar excluydas las embros por aquel-
las palabras: y que aya perpetuamente dentro de la Hermita
un Capellan, el qual tenga obligacion de dezir Missa en dicha
Hermita todos los dias.

15 Porque por ellas se dispone que aya de
residir dentro de la Hermita el Capellan; y esto no es
decente se pueda entender de vna muger, mayormente
quando se le grava con la carga, de que tenga obliga-
cion de dezir Missa todos los dias: pues aunque por esta
clausula no pida la calidad de Sacerdote en el Capellã
actu, nec aptitudine proxima segun la opinion, que mas
puede favorecer à la parte contraria. Gonçalez ad re-
gulam 8. Cancellar. Gloss. 5. à num. 72. Sesse decis.
343. Aunque gravissimos Autores, quos citar Gon-
çalez, sup. D. Castillo dict. cap. 90. à num. 48. cu-
quibus Mostazo lib. 3. de causis pijs cap. 5. per totũ
llevan lo contrario: Pero à lo menos, segun la opiniõ
mas favorable à Doña Isabel Maria de la Cantera, pijs
de capacidad remota, y consiguientemente varon. Y
ãsi ningun Autor dize que semejantes Capellanias fu-
dadas con la calidad de que el Capellan tenga obligacion de
dezir Missa, se puedan dar à mugeres; antes bien supo-
nen en el successor la capacidad de poderse ordenar de
Sacerdote; y solo la question esta, en si ha de ser *Actu*
Sacerdos, vel aptitudine proxima, ut intra annum ordinetur,
ò bastara la remota.

16 Manifiestase mas de dicha clausula, ibi:
Y que de esta memoria sea Patrono Diego de Tertanga, num.
6. mi sobrino, y sus successores; y si el dicho mi sobrino quisiere
ordenarse de Sacerdote, la goze, y posseda con la bendicion de
Dios, y la mia. Y assimismo de la Clausula quarta de su
Codicilo, memor. num. 25. ibi: Que por quanto dexa
una Capellania nombrando por primer Capellan de ella à Diego

de Tertanga su sobrino, num. 6. para que diga las Missas, y se ordene. Por las quales literal, y expressamente pide la calidad de orden en el successor, de que son incapaces por derecho di vino las mugeres, cap. 1. 15. q. 3. cap. vxoratus de conversione coniugat. tota dist. 98. D. Covarr. in Clementina si furiosus, de homicidio 1. p. §. 1. num. 1. Sauchez lib. 7. consiliorum moralium cap. 1. dub. 30. Barb. de potest. Episcopi 2. p. allegat. 10. à num. 24.

17 De donde se reconoce con evidencia, que quiso que los successores en ella se vbiesen de ordenar, pues ayiendo llamado à su sobrino Diego de Tertanga, num. 6. y sus successores absolutamente, y sin condicion, ni gravamen alguno para la succession del Patronato; para que pueda poseer la Capellania, le impone la calidad de orden *per dictionem si*: la qual de nota, è induce *conditionem precissam, maxime iuncta verbo futuri temporis*; como en el caso presente. 1. quibus diebus 40. §. quidam Titio 2. ff. de cond: & demonst. D. Salgado de regia protectione. 1. p. cap. 3. num. 131. Barb. diction. vsufrequent. dist. 364. num. 1. & cum Tiraquello, Surdo, Menochio, & alijs añade en el num. 4. que la condicion, que nace de esta diction *Si* en las disposiciones induce forma, y en el num. 7. cum Bart. Iafone, Gozadino que *non nunquam prolata à lege* (como es la voluntad del testador en sus disposiciones: *disponat testator, & erit lex eius voluntas*) *importat, & designat causam finalem.*

18 Resulta asimismo manifestamente de la dicha clausula del Codicillo, memor. num. 25. ex illis verbis: *Que por quanto dexo una Capellania, nombrando por primer Capellan à Diego de Teotanga, num. 6. su sobrino, para que diga las Missas, y se ordene; es su voluntad, que el dicho Diego de Tertanga goze la dicha Capellania, aunque no se ordene de ningun grado, sino que en qualquier estado, q se hallare goze la renta, y cumpla cõ mandar dezir las Missas, y en esta forma cobre, y perciva sin intervencion de nadie.*

19 Pues por ella dispensa con el dicho Diego de Tertanga, para que pueda gozar la dicha Capellania, aunque no se ordene de grado alguno, sino que en qualquier estado perciba la renta, y que entonces cumpla con mandar dezir las Missas: luego precisa, y necessariamente supone el mismo testador dispensando con este, en que no se ordene, y que cumpla mandando dezir las Missas, que los demas successores para aver de obtener la Capellania se han de ordenar, y han de ser personas, que por si puedan dezir las Missas: *Quia exceptio debet esse de regula.* l. nam quod liqui- de 6. §. fin. ff. de penu legata D. Covarr. lib. 2. Variar. cap. 5. num. 5. Gonçalez ad regul. 8. Cancel- lar. Gloss. 13. num. 77. D. Vela dissertat. 11. num. 34. & dissertat. 19. num. 8.

20 Llegase à esto la declaracion, y disposicion de Diego de Tertanga, num. 6. primer llamado, y poseedor de dicha Capellania, y testamentario del dicho Iuan de Tertanga, num. 3. su tio; pues en la fundacion, que hizo en 28. de Diziembre del año pasado de 1676. como tal testamentario en la clausula 7. que està en el memor. fol. 8. num. 35. dizze así. *Y condicion expressa es que en dicha Capellania no ha de poder succeder en ningun tiempo hembra, aunque sea Patrona; sin embargo de que puedan concurrir ambas cosas en el que sea varon; pero à de ser hasta tener edad de poder ordenarse de Missa, y en el interin ha de traer el habito Clerical, y frequentar los estudios bastantes para ordenarse de Sacerdote, y sino lo hiziere passe la Capellania al siguiente en grado.*

21 Porque confiderefe dicha clausula, ò como dispositiva en virtud del poder, y facultad, que le diò al dicho Diego de Tertanga su tio el fundador, segun la clausula del memor. num. 3. y en este caso es literal la exclusion de las hembras: O no se confidere, como absolutamente dispositiva, si solo como interpretativa, y declarativa, es clara la justicia de Mathias de Murga: porque aunque Diego de Tertanga, ò

C

como

como testamentario de su tío , ò como poseedor de la Capellania , no pueda alterar , ni disponer sin poder especial para ello, ex l. 34. Tauri ; pero las declaraciones de los testamentarios, ò poseedores de los Mayorazgos, mayormente quando pudieron tener verisimil conocimiento de la voluntad del testador, son de gran estimacion en el derecho, y se tienen como si las huviera hecho, y manifestado el fudador, y à ellas regularmente se defiere. De testamentario D. Castillo cum pluribus lib. 5. tom. 6. cap. 184. per totum, precipue à num. 1. De maioratus possessore D. Molina lib. 1. de primog. cap. 8. num. 38. vbi plures adducit, *precipue quando ultimus maioratus possessor ab intestatore intelligere potuit* : à quien figuen sus Adicionadores ; *quia tunc affert magnum veritatis specimen.*

22 Luego concurrendo vno , y otro en Diego de Tertanga , que tratò , y comunicò tanto con el fundador , y de quien fiò otras disposiciones, y que se hallò en su casa al tiempo, y quando se fundò la Capellania , de cuya succession oy se tratò, se dexa reconocer , tendria perfecto conocimiento de la voluntad del testador ; y assi passò à manifestar la en su disposicion por dicha clausula, mayormente quando no se descubre interes suyo ninguno, antes bien perjuicio à sus mismos hijos , y descendientes ; por tener el primer llamamiento su linea, à quienes no es de creer qui so perjudicar , sino que antes bien le precisò à ello su conciencia , y el conocimiento de la verdad.

23 Confirmatè por la observancia , pues aviendò muerto Diego de Tertanga ; à num. 6. su primer poseedor , con quien dispensò el testador en la calidad de orden , para que en qualquier estado la pudiesse obtener ; entrò en su posesion D. Pedro Anio de la Carrera, n. 12. ordenado primero de primicia, y tonsura ; pues resulta de los autos memor. nu. 66. & 67. que fue ordenado el dia 12. de Febrero de 1680. y que tomó posesion de dicha Capellania en

19. de dicho mes, y año. Y esta observancia especialmente, quando es proxima à la fundacion, como en el caso presente, que fue el primer poseedor no dispensado, tiene gran fuerza, y estimacion, y comun, y regularmente à ella se defiere en todas materias; pero en terminos de Capellanias. Gonçalez ad Regul. 8 Cancell. Gloss. 5. nu. 87. cum alijs; *quia observantia est cuiusvis dispositionis interpret.* l. si de interpretatione 37. l. minime 32. ff. de legib. *Et recte demonstrat voluntatem testatoris,* cap. Cum dilectus 8. de consuetudine. Mostazo de causis pijs lib. 3. cap. 2. num. 18. & 21. vbi: *quod illa proximior es consuetudines, seu observantia presumuntur habere fundamentum in ipsa dispositione fundatoris, et preferuntur remotis.* Per textum in l. Mella 18. ff. de alimentis legat.

24 Y que en terminos de Capellania fundada con la clausula: *qui celebret, aut qui debeat celebrare:* se aya de estar à la observancia, y costumbre, sin que sea necessario, que sea prescripta. Riccio in praxi Ecclesiastica deciss. 202. numi. 233. infine; & 234. Sesse rom. 3. deciss. 343. num. 17. cum plurib. à quien figue D. Castillo dict. lib. 5. controvers. cap. 90. numer. 50. Con que por todos medios queda justificado que el testador desseò capacidad para ordenarse en la persona, que vbiesse de succeder en dicha Capellania.

OBIECTIO PRIMA.

25 **P** Vede oponerse, que la calidad de orden solo la pidiò el fundador en Diego de Terranga su sobrino; numer. 6. y así esta calidad fue personalissima en el primer llamado, y consiguientemente no trascendental à los demas successores: *quia conditio, qualitas, aut gratiamen oppositum in primo instituto, non intelligitur repeti-*

tum in substituto : Per text. in l. Sub conditione 73. ff. de hered. instit. l. que conditio 39. l. Si ita 69. ff. de Conditio. & Demonstr. & alio plures text. & Authores adducens Roxas de incompatibil. 4. cap. 2. à numer. 5.

26 Y en estos terminos no obsta la clausula del Codicillo, por la qual dispèsò, en quanto à la calidad de orden con Diego de Tertanga, primer llamado: porque se hallava este gravado con esta calidad por la clausula de la fundacion, y aunque personalissima, era preciso para obtener la Capellania, le relevasse el testador del gravamen que le avia puesto. Cõ que de aqui solo se puede inferir, que el testador quiso que para succeder el primer llamado, se vbiessè de ordenar, pero no los demas successores; pues aun à este passo à eximirle del gravamen, que le avia puesto.

27 A esto se satisface por dos medios: lo primero, porque dicha regla vadece algunas limitaciones, y entre ellas quando milita la misma causa final, y fundamental en el substituido, que en el instituido; porque siempre que en vno, y otro se hallasse con igualdad la razón, que movió al testador tacita, ò expressa l. His solis 7. ff. de revocand. donat. Castillo lib. 5. controvers. tom. 6. cap. 120. num. 22. & cap. 181. à num. 4. passa el gravamen al substituido Roxas sup. num. 20. D. Castillo dict. cap. 181. à num. 12. & 24. D. Larrea deciss. 51. à num. 10. Mantica de Conjecturis lib. 6. tit. 13. num. 6. per text. in l. Cum ser vus 18. ff. de Condition. institution.

28 La causa final del testador, (que quid fit D. Castillo dict. tom. 6. cap. 172.) se reconoce de su misma fundacion, y pues su principal intento, segun resulta de la clausula, fue el que vbiessè dentro de la Hermita de Nuestra Señora la Patrona, de la Ciudad de Orduña vn Capellan, que digesse todos los dias Missa, para lo qual manifestó el gravamen de orden à su sobrino. Luego para que esto tenga efecto,

tan preciffo es el orden en el segundo , como en el primero ; mayormente quando el mismo testador se explicò en el primer instituido condicionalmente , ibi : *Et si el dicho mi sobrino quisiere ordenarse*: segun lo que dexamos dicho , sup. num. 17. pues entonces la causa, que se expresa , se estima por final, y fundamental. l. Demonstratio 17. §. atfi conditionaliter concepta sit 3. ff. de Condition. & Demonstr. D. Castillo dict. tom. 6. cap. 173. num. 19. Mantica de tacitis , & ambiguis conventioni. lib. 3. tit. 12. num. 36.

29 Lo segundo , y para ello supongo que las condiciones, gravámenes , ò calidades , que se ponen , *absolute* , & *simpliciter* en las instituciones passan à todos los successores , y no por repetición , sino por expresa disposición. l. Quæ conditio 39. ff. de Condition. & demonstrat. ibi : *quæ conditio ad genus personarum, non ad certas , & notas personas pertinet , eam existimamus totius esse testamenti , & ad omnes heredes institutos pertinere*. D. Castillo lib. 5. controvers. tom. 6. cap. 181: à num. 25. Aunque las que se ponen à ciertas, y determinadas personas , quando no milita la misma razón, y causa final , no se estienden. *Ultra eorum gradum* dict. l. quæ conditio 39. ibi : *quæ conditio ad certas personas accommodata fuerit , eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum , quo hæ personæ institutæ fuerunt*. D. Castillo vbi sup.

30 Segun esto hallamos en la fundaciõ dos clausulas, vna, ibi : *Que aya perpetuamente dentro de la Hermita un Capellan, el qual tenga obligacion de dezir Missa en dicha Hermita todos los dias*. Y esta, ni se duda, ni se puede dudar, que como vniversal, y absoluta, es trascendental à todos los successores: luego estando entendida por esta clausula la calidad de Sacerdote , *aut in actu* , como quieren vnos , *aut in aptitudine proxima* , como otros, ò à lo menos *remota* , segun otros, como llevamos dicho sup. num. 15. necessariamente se hallan excluidas por su incapacidad las mugeres.

31 La segunda clausula, ibi: *y si el dicho mi sobrino quisiere ordenarse de Sacerdoie la goze, y posea con la bendicion de Dios, y la mia.* Por ella no se entiende que impuso à su sobrino nueva calidad para entrar en la Capellania, sino que passò à explicar la calidad, que para aver de entrar en ella, dejaba presupuesta en la clausula antecedente, ibi: *que aya perpetuamente dentro de la Hermita vn Capellan, el qual tenga obligacion de dezir Missa en dicha Hermita todos los dias;* y así lo que resulta del contexto de esta clausula es, que la voluntad del testador fue fundar vna Capellania, en la qual succediesen, los que se vbiesen de ordenar, y por esso passò à llamar à su sobrino, con tal que se ordenasse, manifestando que aun este para averla de obtener se avia de ordenar.

32 Y esto se reconoce con evidencia, pues si por la primera clausula, que no se duda, ni puede dudar que es transcendental à todos los successores, no dexara el fundador presupuesta la calidad de orden en los llamados à la Capellania, excusado era por la segunda prevenirla à su sobrino condicionalmète, ibi: *si quiere ordenarse:* para que la pudiesse obtener, y gozar; quando en la misma clausula, y oracion antecedente le llama absolutamente, y sin calidad al Patronato, ibi: *T que de esta memoria sea Patrono Diego de Tertanga mi sobrino, y sus successores: T si el dicho mi sobrino, quisiere ordenarse de Sacerdote la goze, y posea con la bendicion de Dios, y la mia.* Con que lo que antes bien se reconoce evidentemente, es que por la primera clausula quedò comprendido el orden en los successores, y así excluydas las mugeres.

33 Y si no lo entendemos de este genero, será preciso entenderlo, como lo entendió el mismo testador. Fundó su Capellania, por la qual quiere que aya vn Capellan, que diga Missa dentro de la Hermita todos los dias: y el primero, à quien llama, proveye, y presenta para Capellan, es à su sobrino, con tal que

que se ordene: Luego el mismo testador entiende la fundacion de su Capellania, con calidad de orden. Pues para reconocer, si las fundaciones son de calidad, ò no, no ay regla mas cierta, y segura que la primera presentacion, y provisiõ del mismo fundador, pues por ella el mismo explica, y manifiesta su voluntad, y mente, dandonosla à entender, como el la entendió.

34 *Tertia sit conclusio ad cognoscendam qualitatem beneficij Patronatus, inspicienda est prima Patroni provisiõ: dixo Riccio ablando en terminos de la clausula: Que tenga obligacion à dezir Missa: in praxi Ecclesiastica decis. 202. num. 234. Vbi plures citat, & versic. antecedenti qui est numer. 133. in fine ex Rota decis. ibi: Et eo magis Venerunt Domini in hanc sententiam, quia concurrit mens fundatricis, que colligitur ex presentatione ab ipsamet facta de Hieronymo de Sarragombus, &c. A quien cita; y sigue D. Castillo lib. 5. contro-vers. tom. 5. cap. 90. numer. 46.*

35 No obsta que el testador viera dispensado con su sobrino. Antes bien esto conviene mas ser la Capellania de orden, por lo que dexamos dicho, num. 18. & 19. Pues puede muy bien dispensar el testador en la calidad con vno, y que los que le ayan de obtener despues se ayan de allar cõ la calidad, que pide, como lo hizo en nuestro caso, sin que por esso dexa la fundacion de ser de calidad. Hieronymus Gonçalez ad reg. 8. Cancell. Gloss. 5. num. 102. in fine, ibi: *Nec non disponere, quod usque ad certum tempus obtineat Capellaniam non Sacerdos, et illo lapsõ, quod Capellanus debeat esse Sacerdos. Vbi affert decisionem Rota.*

OBIECTIO SECUNDA.

36

Oponese, lo segundo todo porque quando esto fuera cierto, no podia tener cabimiento en el caso presente, pues

tienen las mugeres llamamiento literal, y expreso por dicha clausula, ibi: *Y entiendese que antes de estos dos aya de entrar en la memoria, y Capellania el hijo, ò hijas de Antonia de Tertanga Salazar, num. 7.*

37 A esto se responde que (dado caso, sin perjuicio de la verdad, y lo que sobre esto està escrito, que la clausula de la fundacion fuera conforme se ha referido) de ninguna suerte les negamos à las mugeres el llamamiento. Pero es de advertir, que en la clausula se hallà dos fudaciones, vna de la Capellania, otra de su Patronato. Y assi tendrà lugar el llamamiento de las mugeres en el Patronato, de que son capaces. *Cap. pigmentis. 16. q. 7. cap. fin. de coness. Prebend. Vbi Barb. num. 2. Et in cap. ex litteris 7. de iure Patronatus, num. 12. Lagunez de fructib. 1. p. cap. 31. §. 2. num. 24. Et 25.* Pero no en la Capellania por la incapacidad de orden, y assi en esta solo podrian suceder los Varones: Y esta intelligencia, à demas de ser la mas real, mas cièrta, y segura, es la mas conforme à la voluntad del testador (*de quo statim*) y à la disposicion de derecho: porque siempre que en vna clausula concurren varon, y hembra se ha de interpretar, segun para lo que cada vno se hallare habil, y capaz, *l. si Titio, Et ei, qui capere non potest. 7. ff. de legat. 2. l. Mulieri, Et Titio 74. de Condit. Et Demonstrat. D. Castillo cum pluribus lib. §. controuers. tom. 3. cap. 97. per totum precipue, num. 5. 13. 14. Et 15.*

38 Y assi aquellas palabras: *Y entiendasse que antes de estos dos aya de entrar en la memoria, y Capellania el hijo, ò hijas de Antonia de Tertanga, num. 7.* Tienen efecto, segun paralo que cada vno es capaz; el hijo en la Capellania: las hijas en el Patronato. A lo qual se llega la distincion que haze el testador, *de memoria, y Capellania*, pues en la palabra *memoria* entiende el Patronato, y esto se reconoce de la misma clausula, ibi: *y que de esta memoria sea Patrono Diego de Tertanga, donde ablando del Patronato, le llamò memoria.* Y en la palabra

bra Capellania solo la misma Capellania, ibi : *Item mandado, y dispongo se funde vna Capellania, &c.* Luego aviendo juntado vno, y otro termino de memoria, y Capellania en vna misma oracion con los nombres de hijos, ò hijas, fue visto comprehender entrámbas fundaciones, para los hijos, ò hijas de Antonia de Tertanga, segun para lo que cada vno fuessé capaz, para los hijos la Capellania por ser habiles para ordenarse, para las hijas el Patronato por ser pára el capaces, y poderlo obtener.

39 A lo qual se llega la inteligencia, è interpretacion, que le diò à dicha clausula Diego de Tertanga, num. 6. entendiendola, y explicandola de este mismo genero, que es de gran fuerza, y estimacion, y à que se debe deferir segun lo que dexamos dicho, *sup. num. 20. 21. & 22.* Como asimismo la observancia, y costumbre, que la tiene de esta forma interpretada, *prout sup. num. 23. & 24.*

40 A demas que de otra suerte era destruir el testador incontinenti en vna misma clausula la disposicion, que acabava de hazer, y era corregirse, lo qual es contra todo derecho, *l. non ad ea 89. ff. de Condit. & demonstr. Mantica de coniect. lib. 6. tit. 13. numer. 3. per textum in cap. 29. de elect. lib. 6. Cum pluribus Rojas de incompatibil. 1. p. cap. 10. per totum, precipue à n. 29. vbi quod licet expresse, ac liter aliter per verba institutionis maioratus appareat perplexitas in orationibus, clausulis, vocationibus, vel conditionibus, nihilominus resolueda est, si possibile fuerit, secundum mentem institutoris, seu testatoris, & verba interpretanda sunt, ut non contineant repugnantiam, &c.* & num. 30. quod *ut evitetur incontinenti correctio, & contrarietas, debet interpretatio fieri cum omni distinctione, & subdistinctione, & num. 32. etiam si ad vitandam perplexitatem, & salvandam mentem testatoris in diversis casibus necessarium fuerit, quod verba conditionis improprie accipiantur*; donde para vno, y para otro trae muchos autores.

41 Con quantà más razón en nuestro caso se ha de evitar la correccion , donde con tanta facilidad , y conformidad tiene effecto la clausula. Quando para que se presumiessa la correccion , era preciso que la contrariedad fuera tan evidente , y manifesta, que negasse absolutamente la posibilidad de disolverse por medio alguno probable. *Vt docet D. Castillo lib. 3. contro. vers. cap. 10. numer. 23.*

42 Dirase que esta clausula: *Entiendase que antes de estos dos aya de entrar en la memoria , y Capellania, el hijo , ò hijas de Antonia de Tertanga Salazar , num. 7.* Quando comprehendiesse las dos fundaciones de Capellania , y Patronato , las comprehendia devajo de vná misma determinacion , y así en qualquier de ellas puede suceder el hijo , ò hija : *quia determinatio respiciens plura determinabilia equaliter determinat. l. iam hoc iure 4. l. Lucius 45. ff. de vulg. & pupillar. substit. l. hereditatem 2. l. quamvis 4. C. de impuber. & alijs subst. Mantica de coniectur. lib. 4. tit. 8. num. 9. Castillo lib. 5. tom. 5. cap. 97. à num. 1.*

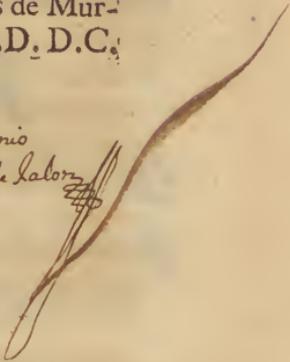
43 Pero esta regla tiene poca fuerza, *& facile ab ea receditur.* Como dize el señor Castillo. Y entre otras muchas limitaciones , que padece , son dos , que se verifican en el caso presente. La primera , quando preceden diversas disposiciones. *Per text. in l. Cohæredis 41. §. qui discretas 4. ff. de vulg. & pupillar :* porque entonces se entiende segun la naturaleza de cada vno. *Menochio lib. 4. præsump. 89. à num. 141. Mieres de maiorati 6. 1. p. q. 22. à num. 220. cum alijs D. Castillo sup. à num. 12.*

44 La segunda quando ay diversidad de personas. *l. mulieri , & titio 74. ff. de condit ion. & Demonstrac. cap. olim. 25. de rescriptis; Casanate consilio 46 num. 63. Surdo consil. 426. num. 40. infin. August. Barb. axiomat. 69. nu. 6. D. Castillo dict. num. 12. & 15.* Luego concurriendo vno , y otro en nuestro caso , pues ay fundacion de Capellania , y Patronato , y
lla-

llamamiento de hijo, ò hijas, no puede tener lugar la dicha regla, sino que cada vno se aya de entender en su caso, segun la capacidad, que para el acto le asiste.

Ex quibus esperan Gaspar, y Mathias de Murga se ha de diferir à su pretension. S.I.O.V.D. D.C.

S.^{do} Miguel Antonio
Garcia de Lalora



10
H... no... É... no...
M...
...
M...

Pro...
S. O. V. D. D.

...
...
...
...
...

...
...
...
...
...

...
...
...
...