

N-246977

ZR5  
3420



P O R  
DON JUAN DE YSASAGA  
Yurreamendi Arrue y Muxica, ausente en los Reynos  
de las Yndias, y Juan Obejero Gomez, su Defensor  
en su nombre.

EN EL PLEYTO  
CON DOÑA YSABEL MARIA DE  
Yurreamendi, y Don Joseph Joachin de Zavala  
Yurreamendi.

S O B R E

LA ACTUAL POSSESSION, Y TENUTA DEL  
Mayorazgo, Casa, Torre, y Palacio de Yurreamendi, y sus  
pertenecidos, agregados, y en qualquiera manera incorporados.





**PRETENSION DE DON JUAN DE YSASAGA**  
*Yurreamendi, y su Defensor.*



RETENDE Don Juan de Ysasaga Yurreamendi  
Arrue y Muxica , y su Defensor en su nombre,  
( por està ausente en los Reynos de las Yndias )  
se declare pertenecerle, y debersele dàr la tenu-  
ta , y actual possession de la Casa , y Mayoraz-  
go de Yurreamendi , y sus bienes , y los à ellos  
vnidos , agregados , incorporados , y en qualquiera forma perte-  
necientes , que vacò , y tenia ocupados , Don Gaspar Phelipe de  
Yurreamendi , vltimo posseedor de dicho Mayorazgo , y bienes ,  
ò por la vacante legal que de qualquier modo se deba considerar ,  
ò por la actual insistencia que tenia en ellos , con todas sus rentas ,  
frutos , y aprovechamientos .

1 Aviendo muerto Don Gaspar Phelipe de Yurreamendi ,  
*Num. 12. del Arbol* (que tenia ocupados con su insistencia de hecho ,  
los bienes de este Mayorazgo ) sin hijos , ni descendientes ; y sa-  
biendo Doña Constança de Ysasaga y Francia , hermana , y Poder-  
aviente de Don Juan de Ysasaga , *Num. 15.* que era este , de la linea  
primogenita de los posseedores del Mayorazgo de esta Casa de  
Yurreamendi , y que en las antiguas , ilustres memorias de la No-  
bleza de esta Casa , de que sus passados se avian valido para cali-  
ficarla , y descubrir à el mundo los blasones adquiridos en siglos  
envejecidos , se conservava , y mantenia la memoria de ser , y aver  
sido , y posseidose su Casa , Torre , y Palacio , Patronato , y Diez-  
mos de la Iglesia de San Miguel , y demàs bienes que la avian per-  
tenecido , como de Mayorazgo , subcediendo , y aviando subce-  
dido , siempre de tiempo inmemorial de mayor en mayor la linea  
primogenita , y sus hijos , y descendientes ; y que la ausencia de  
Don Juan , y de su padre à Yndias , avia dado motivo para que se  
huviesen introducido en su actual detencion algunos de los an-  
tepassados de la linea de adonde proviene Don Gaspar Phelipe ,  
llamado su vltimo posseedor , y que pretendian continuarla Doña  
Ylabel Maria , *Num. 13.* su hermana , y Don Joachin Joseph de  
Zavala su sobrino , como hijo de otra hermana .

2 Dispuso el poner la demanda de tenuta por Don Juan de  
Ysasaga su hermano , ausente en Yndias , à los bienes de esta Casa ,  
y Mayorazgo , su Torre , Palacio , Iglesia de San Miguel , Diez-  
mos , y Patronato , y sus pertenecidos , y agregados , aviendose  
informado de que el tiempo era el que avia prescripto , y señalado



la forma de subceder en ellos , sin que huviesse cosa en contrario , ni tuviesse noticia de otro genero de llamamientos que de los regulares , con que legalmente se subcede conforme à derecho en este genero de Mayorazgos.

3 Y en este presupuesto , por hallarse Don Juan su hermano descendiente varon de la linea mayor de los primogenitos , pidiò se declarasle aver lugar el remedio de la ley de Toro , para que se le diese la tenuta , y actual possession de ellos , con sus frutos , rentas , y aprovechamientos , y sacò el despacho ordinario de emplazamiento , para citar à los que pretendian ser interessados , y para que se traxesen al Consejo originales los autos , que en qualesquiera partes de la Provincia de Guipuzcoa se huviesen hecho por las partes que pretendian tener interès en ellos .

4 Traxeronse los autos al Consejo , y pareciendole à Don Joseph Joachin de Zavala , Num. 16. que la demanda de tenuta estaba bien puesta , è intentada por Don Juan de Ysasaga , y que respecto de ella , y de la calidad de inmemorial con que estaba propuesta , no podia entrar à la pretension del Mayorazgo de esta Casa , quiso gobernarla por otro camino , y poner la suya , con el motivo de aver fundacion desde el año de 1543. del Mayorazgo referido , presuponiendo por hecho cierto averle fundado en virtud de Facultad Real Juan Ruiz de Yurreamendi , y Doña Elena de Burgos su muger , Num. 1. del Arbol , el dicho año de 1543. pretendiendo introducirse por sus llamamientos , y suponiendo , que conforme à ellos estaba postergada la linea de los primogenitos .

5 Y aunque por las antiguas noticias que no podian escondese en las memorias de esta Casa , se reconocia que dicha fundacion , ni podia ser cierta , ni perjudicar à la observancia , y costumbre inmemorial , que siempre se avia tenido de subceder en ella de mayor en mayor , y con preferencia del varon à la hembra , en la forma que por derecho se manda , y ordena .

6 Todavia sin perjuicio de la redargucion que hizo dc ella , y presuponiendola por calificada , y comprobada , introduxo Doña Constança à su hermano Don Juan de Ysasaga , Num. 15. del Arbol , en el tenor , y contexto de sus clausulas , con tales esfuerços , y fundamentos , que de ninguna suerte podia , ni puede ser estimada la demanda de tenuta , propuesta por la dicha Doña Isabel Maria , Num. 13. ni la del dicho Don Joseph Joachin de Zavala , Num. 16. como se verà despues en el discurso de este papel , cuyo contexto se reducirà à calificar su demanda Don Juan de Ysasaga , por dos medios .

En

3

7 En el primero , serà el empeño de la defensa convencer estar comprobada la inmemorial costumbre , y possession de subceder en esta Casa regularmente de mayor en mayor , y con la preferencia de excluir el varon à la hembra , y no aver avido facultad en el dicho Juan Ruiz de Yurreamendi , y Doña Elena de Burgos su muger , *Num. 1.* para poder alterar su naturaleza regular , aunque se estime por cierta , verdadera , y observada la fundacion por ellos executada , segun las calidades del Mayorazgo de esta Casa .

8 Y en el segundo medio se reducirà su defensa à demostrar con evidencia , que segun el contexto de las clausulas de la fundacion presentada , en el caso que ha subcedido , por muerte del dicho Don Gaspar Phelipe de Yurreamendi , sin hijos , ni descendientes legitimos , no le pueden competir en la subcession , y tenuta del Mayorazgo de esta Casa , y bienes à Don Juan de Ysasa-  
ga , ni la dicha Doña Ysabel Maria , ni el dicho Don Joseph Joachin de Zavala .

## M E D I O P R I M E R O .

9 **A** Viendonos dado la ley del Reyno la forma de comprobar como debe fer la probança , para calificar que en los bienes del Mayorazgo se ha subcedido por costumbre inmemorial ; y recurriendo à los autos para justificacion de si està , ò no este medio calificado , creemos que con facilidad se hallará sin tropiezo justificada esta inmemorial , para que por este medio se difiera à la demanda de tenuta de esta Casa , y Mayorazgo , que por Don Juan se ha propuesto .

10 Dize la ley del Reyno , *leg: 41. Tauri* , que para calificar el Mayorazgo por costumbre inmemorial , se ha de probar , que los hijos mayores legitimos , y sus descendientes subcedian en los dichos bienes por via de Mayorazgo , caso que el testador dexasse otro hijo , ò hijos legitimos , sin darles los que subcedian en el dicho Mayorazgo alguna cosa , ò equivalencia por subceder en él ; Y que assi lo vieron passar los testigos por tiempo de quarenta años : y assi lo oyeron dezir à sus mayores , y ancianos , que ellos siempre assi lo vieron , y oyeron , y que nunca vieron , ni oyeron dezir lo contrario ; y que de ello es publica voz , y fama , y comun opinion entre los vecinos , y moradores de la tierra : y con esta misma inteligencia van todos los Comentadores , y Tauristas à la dicha ley del Reyno , y otros muchos Autores que tocaron el punto mismo , & ex eis Antonio Gomez in dict. *leg. Tauri num. 4. Azeved. in leg. 1. tit. 7. lib.*

5. Recop. num. 24. D. Molin. de Hispaniar. primog. lib. 2. cap. 6. à num.  
39. vbi plures cumulant Addent. D. Palac. Rub. in dict. leg. 41.  
Tauri à num. 10. & seqq.

11 Y dizen los testigos examinados en la Carta Executoria de Hidalguia , que litigò Miguel Ruiz de Yurreamendi , Num. 3. del Arbol , posleedor que fue de dicha Casa , y Mayorazgo , que se ha presentado en estos autos , y nieto de Juan Ruiz de Yurreamendi , y Doña Elena de Burgos , que se dice averle fundado el año de 1543. que la dicha Casa , Solar , y Mayorazgo , Torre , y Palacio de Yurreamendi , es muy antigua , noble , y de conocidas preeminencias en aquella Provincia : Porque era , y es de Mayorazgo , y siempre via andado , y andava , y subcedido en todos los bienes de ella el varon mayor de la Casa , sin partirllos , dividirlos , ni enagenarlos , ni darles equivalencia alguna , por razon de subceder en ellos , y en ella el mayor à ninguno de sus hermanos ; y concluyendo lo referido los dichos de los testigos , no solo por el tiempo de los quarenta años , que por la ley del Reyno està señalado , sino de cincuenta , sesenta , y mas años . Y cerrando sus deposiciones con primeras , segundas , y terceras oïdas de sus mayores , y passados , citandolos con expression , assi de los años que tenian al tiempo que se lo oyeron vnos à otros , y del tiempo que avia que avian muerto , como del que assimismo tenian otros sus mayores , y passados , que avian visto lo mesmo , que por lo menos , reguladas las edades vnas con otras , passan de mas de dozientos años , corriendo siempre de mayor en mayor su subcession , de tal forma , que memoria de hombres no es , ni avia sido en contrario .

12 Y dizen mas , que por ser tan antigua , y noble , y de Mayorazgo la dicha Casa , Torre , y Palacio de Yurreamendi , tenia sus escudos de armas , estandartes , y divisas , en la Iglesia de San Miguel , de donde eran Patronos los que avian sido sus posseedores en esta Familia , enterrandose en ella , y percibiendo los diezmos como tales Patronos , y posseedores de ella , porque avian sido pobladores de aquella tierra los antepassados , y mayores , de tal forma , que aun mas de quinientos años antes que se fundasse , y poblasse la dicha Villa de Tolosa , era Casa de Mayorazgo , torreada de armas , y vna de las mas principales de la Provincia de Guipuzcoa , y su comarca ; y que por serlo , fue uno de los pobladores , y fundadores de la dicha Villa de Tolosa , el dueño , y señor que avia sido del Mayorazgo referido , y el primer Alcalde que en ella avia avido ; y que era tal su preeminencia , y el antiguo lustre de su nobleza , que aunque nunca podia ser , ni avia sido Alcalde ningun vezino que en ella actual-

men-

mente no viviesse, ni morasse, los dueños, posseedores, y descendientes de la Casa Mayorazgo, Torre, y Solar de Yurreamendi, lo podian ser, sin embargo de no residir, ni vivir en ella, y estar extramuros de la dicha Villa el Mayorazgo, Torre, y Solar de la Casa referida.

13 Y passan à individuar ser tan cierto lo referido, que el dicho *Miguel Ruiz de Yurreamendi*, Num. 3. *Juan Ruiz de Yurreamendi su padre*, Nu. 1. (q se dice aver hecho la fundacion q se ha presentado) y *Juan Ruiz su abuelo*, q estuvo casado con Doña Juana de Escaraeta, avian subcedido en dicha Torre, Casa, y Palacio, Iglesia, Diezmos, y Patronato, de mayor en mayor, como de Mayorazgo, en conformidad de la costumbre, que siempre se avia observado por los mayores, y passados, que avian posseido la dicha Casa, y Mayorazgo, sin que los testigos huviesen visto, entendido, ni oido cosa en contrario, ni sus mayores, y passados, concluyendolo de publico, y notorio, y comun opinion en toda aquella tierra, y comarca.

14 Y passando à dezir de su lustre, y nobleza, que vno de sus posseedores casò con vna Infanta de Aragon, y Navarra, y esto es tan cierto, que no lo negará ninguno de los que han puesto esta demanda: pues se conserva la memoria de ello en el retrato de Martin Ruiz de Yurreamendi, Maestre que fue de Calatrava, posseedor de esta Casa, que fue el que casò con dicha Infanta, y que se ha mantenido siempre en dicha Casa, con nota de lo referido, como glorioso Blason de su Ilustre prosapia.

15 A vista de lo referido en que vñiforme, y contestemente concuerdan, y concluyen los testigos, teniamos por ocioso el detenernos en probar esta inmemorial con mas argumentos que la misma sinceridad que literalmente resulta de estos hechos.

16 Pero dexan los testigos en sus dichos vnos rasgos para la mayor comprobacion de averse subcedido en dicha Casa de Yurreamendi siempre como de Mayorazgo, que es preciso advertirlos, y notarlos assi, para mas calificacion de lo que dezimos, como para esforçar mas el credito, y verdad con que depusieron en todo lo que dixerón.

17 Pues afirmando ser patronada esta Casa, y llevar los diezmos de la Iglesia de San Miguel, en que tiene sus entierros, es en nuestra inteligencia vna de las mayores pruebas, no solo de su antiguo lustre, explendor, nobleza, y preeminencia, sino tambien de aver sido conocida por este modo de subceder en ella, que es el mejor que considera el derecho, y los DD. para que las Casas, bienes, y familias se mantengan, *Et reipublicæ interest nobilitatem fa-*

miliarum conservari, ut sint subaliti qui dñites sint, patriam decorent, Regem comitentur, & provincias regant, como dixo el texto en la ley 1.º. Sed & si servus, ff. de ventr. inspiciend ibi: Ut ordinum dignitas, familiarumque salva sit, lo qual se configue con no permitir su enagenacion, y division, sino que los lleve, y mantenga siempre el primogenito mayor, como por este, y otros textos lata, y doctramente lo funda Aeneas Robert. lib. 2. cap. 4. Capic. Latr. decis. 192. Casiodor. lib. 6. quest. 6. Casaneo in Catalog. Glor. Mund. part. 5 consider. 15. & 19. Hieronim. Roman. de republic. lib. 4. cap. 13. D. Valençuel. consil. 95. num. 77. & plura ad intentum, Roxas de incompat. part. 8. cap. 1. à num. 51. & seqq. speciosus locus apud Cabreros de metu lib. 2. cap. 9. per tot.

18 Pues no es dudable que si se huviesen mezclado los pasados en dividirla entre los descendientes de ella, ó se huviera confundido, ó por lo menos no se huviera mantenido el nombre de ella, mayormente si se atiende à lo que comunmente subcede en aquella tierra con Casas, y Mayorazgos de esta classe, y esfera, como lo funda, y prueba Lope Garcia de Salazar, en su historia en el cap. ultim. del lib. 25. que trata de como fueron poblados, y ganados los Monasterios, è Iglesias de las Montañas de Castilla la Vieja, Asturias, y Santillana, Trasmiera, Guipuzcoa, Encartaciones, y Señorio de Vizcaya, y Reyno de Navarra; y en el cap. 3. del lib. 18. de la misma historia, adonde refiere los graves fundamentos que se propusieron por los Prelados de las Iglesias de Calahorra, Burgos, Leon, y Castilla, acerca de querer ser reintegrados en los diezmos que percibian en aquellas Iglesias los Cavalleros Legos, y Patronos de ellas, y como sin embargo de las representaciones que por los susodichos ante los Reyes se hizieren, se mantuvieron los Cavalleros Hijosdalgo, Patronos, y llevadores de estos diezmos, en la possession de ellos.

19 Lo mismo hallamos calificado en los Canonicos Decretos: pues todos los diezmos que se poseian por los Legos antes del Concilio Lateranense, no se les prohibio el que los retuviesen, y mantuviesen, vt fundat latissimè Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 86. per tot. Peregrin. decis. 144. per tot. Paz Jordan. luctubat. volum. 2. lib. 10. tit. 13. à num. 48. vsque ad 72. Tondut. de prævent. part. 3. decis. 8. Paulo Christin. decis. Belgic. decis. 235. volum. 3. & cum alijs pluribus Marc. Anton. Sabelli, in summa tract. divers. liter. D. verb. Decima, §. 6. num. 3. versic. Decimæ.

20 Porque se consideraron averse concedido, y poseido legitimamente, ó por la poblacion de los Pueblos donde los llevaron,

ron, ó por la restauracion de los Moros de quien los conquistaron, segun observancia antigua de nuestra España, en que para alentar á nuestros antiguos Españoles, y á la nobleza de los solares conocidos de sus Casas, se les concedian, y repartian las tierras que conquistavan, restauravan, y vencian, para que por ellos fuesen defendidas, como lo notan Juan Garcia, y Gutierrez, este en el lib. 3. de las prácticas, cap. 17. y aquel en la glos. 18. num. 32, per totum, y lo afirma tambien Santo Thomás de Reginin. Princip. lib. 3. cap. 32. vers. Inter Hispanos: y lo hallamos prevenido en la ley 20. tit. 25. part. 4. y lo dixo Zurita en el lib. 1. de sus Annales, cuya costumbre se derivó de lo que se dice en la Historia Sagrada, Numer. cap. 22. Et ex lib. Josue, ex cap. 13. Vb[is]que ad 21. practicada tambien de los Romanos, como lo notan Diodoro Siculo, y Pedro Gregorio lib. 5. de republic. cap. 2. num. 7. por el text. en la ley Item si verteratum, §. Item si ager forte fuit, ff. de rei vindicat. por cuya disposicion, dixo: Quod in publicum Romæ reductæ res ex hostibus, fuerunt militibus assignatæ pro partibus.

21 Y por esto tenian la costumbre de poner en las dichas Iglesias Clerigos, y darlos la congrua de aquellos diezmos, que les concedian los Vezinos, y Vassallos de los Lugares poblados, y solariegos, á los conquistadores que los defendian, y peleavan, y á cuyos Clerigos señalavan porcion de dichos diezmos, para que en las tales Iglesias de los Lugares poblados, que conquistavan, y poblavan, cuidassen de el Culto Divino, y administracion de los Sacramentos, de que quedó la costumbre calificada por la ley del Reyno 3. del tit. 6. lib. 1. de la Recopil. en que se dispone, y manda, que todos los Cavalleros, y Escuderos, que en aquella tierra tuviessen Iglesias, ó Monasterios, pusiesen en ellas buenos Clerigos, y honestos, y les diessen el mantenimiento necesario, mandando á los dichos Clerigos, que sino lo hiziesen, recurriessen á el Consejo, para que se diese la providencia conveniente en razon de ello, cuya practica está admitida en el Consejo, y lo hemos obtenido en diferentes pleytos, y la funda con muchos AA. Castill. de Bobadill. en su polit. lib. 2. cap. 18. caso 62. num. 146.

22 Y no es menos notable el argumento que se faca, para comprobacion de lo mismo, del casamiento de Martin Ruiz, con la Infanta de Aragon, y Navarra; pues aviendo sido este señor de la Casa, Solar, Torre, y Palacio de Yurreamendi, y Maestre de Calatrava, en la Era de 1238. reynando el Rey Don Fernando el Santo, como se nota en los retratos de esta Casa, que tienen en su poder las partes contrarias, no solo califica lo elevado de esta Fami-

lia , sino tambien el averse mantenido en los progenitores de ella, por Vinculo, y mayoria, y especialmente , hallando , como hallamos, que los testigos dizen la misma verdad, que escriven de el dicho Martin Ruiz los Historiadores de aquel siglo.

23 Assi lo hallamos notado en la Historia de las tres Ordenes , que escrivio el Licenciado Don Francisco Caro de Torres lib. 2. cap. 23. y lo mismo se halla en las definiciones del Orden de Calatrava , en el fol. 104 & cum Historijs sit credendum , cap. De quibus , distin. 20. leg. 25. §. Eodem tempore , ff. de orig. iur. leg. In questionibus , ff. ad leg. Null. Maiestatis, leg. 1. ff. de offic. prætor. Castill. de Tertijs , cap. 3. num. 3. D. Valençuel. consil. 79. à num. 32. D. Olea tit. 3. quest. 3. num. 22. qui dat plures, tiene toda comprobacion este argumento.

24 Sin que podamos omitir tampoco en lustre de esta Casa, y de su Mayorazgo antiguo , lo que concluyentemente dizen los testigos en la dicha probança, de que mas de quinientos años antes que se fundasse la Villa de Tolosa , en cuya Jurisdiccion , y Estramuros de ella, està el dicho Palacio , y Casa ; era Mayorazgo antiguo , y Torreada con Escudos de Armas : Con que aviendose fundado la dicha Villa de Tolosa en tiempo de Don Sancho el Quarteto el año de 1290. como lo nota Garibay en el lib. 4. en el cap. 2. y en el lib. 13. cap. 22. y en el lib. 15. cap. 12. y 15. y Rodrigo Mendez Silva en su Historia de la poblacion de Espana , cap. 12. fol. 239. tratando de la de esta Villa, se manifiesta tambien por este argumento la antiguedad del Mayorazgo de esta Casa , y assimismo se comprueba por la Cedula del Rey Don Sancho , para la fundacion de Tolosa, que la ganò Lope Sanchez de Yurreamendi, Alcalde de ella, que se ha presentado.

25 Solo estas comprobaciones , y argumentos bastavan para suficiente probança de la costumbre inmemorial, que se ha tenido, de subceder por via de Mayorazgo, y de mayor en mayor en esta Casa , antes de la fundacion presentada ; pues no es menos prueba conforme à derecho , la que se persuade con los testigos , que la que se convence con los argumentos. Y assi lo prueba la ley 2: Cod. Quorum appellat. non recip. ibi : Argumentis convictus, testibus superatus, cap. 1. de homicid. versic. Quibusdam argumentis, cap. Inter Clericos, eod. tit. ibi: Per idonea tibi constiterit argumenta , leg. 3. in princip. §. 1. leg. Ob carmen, §. fin. ff. de testib. leg. Cum res , Cod. de probat. porque como dixo Menoch. de præsumpt. lib. 1. quest. 6. num. 2. sacado de la doctrina de Bald. en la rubric. Cod. de probat. num. 19. cum argumentum sit ratio quæ rei dubiæ fidem facit , de aí procede , que del mismo modo, que se tiene por concluyente la probança de testigos, se tiene tambien

Ja que con los argumentos se llega à persuadir , y convencer.

26 Y assi dixo Baldo en el lugar citado, que probationes quædam sunt directæ, quædam ad litteram testificantur de re probata, quædam sunt oblique que non probant intentionem de per se , sed probant aliquid aliud quo probato , sequitur quod intentio sit probata. Lo qual sucede por muchos modos: Quia quandoque infert probationem, ex vi necessitatis naturalis, quandoque ex vi necessitatis legitime, quandoque ex vi probationis verosimilis. Y la misma conclusion comprueban Farinac. in prax. quest. 36. à num. 201. cum seqq. & cum alijs DD. & iuribus D. Larr. alleg. 96. à num. 13. cum. seqq.

27 Siendo tan evidente , que antes de la dicha fundacion, se subcedia , y subcediò por via de Mayorazgo en estos bienes, de la Casa , Torre , Palacio , y Solar de Yurreamendi , como queda demonstrado, y comprobado antecedentemente , y que conforme à derecho en los Mayorazgos, en que por costumbre inmemorial se subcede , se ha , y debe entender la subcession regularmente , de mayor en mayor, y subcediendo tambien la hembra en defecto de varon, porque ex heredationes non præsumuntur , nec sunt adiubandæ por el text. en la ley Quidam 10. ff. de liber. & posthum, como lo funda, y prueba el señor Molin. cap. 3. num. 22. vbi: *Quod in Maioratibus qui sola temporis antiquitate constant, cum eorum institutiones non appareant, nec leges ac conditiones quibus fuerint instituti, subcedendi modus ex consuetudine præscriptus observandus erit.*

28 Y assi funda el Vela en la disert. 49. num. 51. que en Mayorazgos de esta calidad siempre se presume la subcession en forma regular non solum , porque ex heredationes , vel exclusiones non præsumuntur nec sunt adiubandæ , como queda dicho, y prueba tambien la ley 2. versic. Nam si plures, ff. de liber. & posthum. ibi : *Benigna interpretatione nullus excredatus videtur, leg. 3. tit. 7. part. 6. versic. Mas si hoviere , vbi Gregor. Lop. D. Ferdinandus Alphos. del Aguila in Addiction. ad Roxas de incompat. Maiorat. part. 1. cap. 6. num. 325. vbi: Quod Maioratus qui ex consuetudine constant non habent lineam qualitatis , quia regulares præsumuntur.*

29 Sino tambien porque la costumbre regular de España es, que no se excluyan las hembras , sino es que aya disposiciones claras , que las impidan la subcession de los Vinculos , y Mayorias en que los varones subcedian , como todos estos Autores , y otros muchos afirman, por la leg. 2. tit. 15. part. 2. ibi : *Que el señorio del Reyno heredassen siempre , los que viniesen por linea derecha , è por ende , establecieron , que si fijo non oviesse , la fija mayor heredasse el Reyno; Y porque omnis ille subcessibilis reputatur , qui de iure prohibitus non*  
osten-

*ostenditur, leg. Non minus, ff. de heredib. instituendi, leg. Ab ea parte,  
vbi scribentes de probationib. D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 13. num. 58.*

30 Se haze claro aver devido subceder, y subcedido en este Mayorazgo Doña Maria de Yurreamendi, Num. 9. por muerte de su padre, Num. 7. y consiguientemente, que siendo como es Don Juan de Ysasaga, Num. 15. nieto de la dicha Doña Maria, Num. 9. por la persona de Don Buenaventura de Ysasaga, su padre, Num. 11. no se pudo introducir la linea de Don Gaspar, Num. 8. à la subcession de este Mayorazgo, quando muriò Juan Ruiz de Yurreamendi, Num. 7. su hermano, ni quitarle à la dicha Doña Maria de Yurreamendi su sobrina el Mayorazgo, que legitimamente la avia tocado por la linea primogenita de su mayoria, y no aver dexado varon su padre, que continuasse la linea, aunque era yà nacido su nieto Don Buenaventura de Ysasaga al tiempo que faltò, pues este naciò el año de 22. y el dicho Juan Ruiz de Yurreamendi muriò el de 27.

31 Con que se haze llano averse introducido clandestinamente, con el motivo de no estar noticiado Don Juan de Ysasaga, marido de Doña Maria, Num. 9. de la naturaleza primitiva de este Mayorazgo, como persona estraña de la familia: pues à averlo sabido, es lo verisimil, y natural, que yà por Doña Maria su mujer, ó yà por Don Buenaventura su hijo, que era yà nacido, y tenia cinco años quando muriò su abuelo Don Juan Ruiz de Yurreamendi, Num. 7. se huviera opuesto quando fué citado por Don Gaspar su hermano, para la informacion que diò para entrarse en este Mayorazgo, cuya ignorancia mantuvo à Don Gaspar, y à su linea en la intrusion, y detencion de este Mayorazgo, pues no pudo entrar à posseerle legitimamente, ni el dicho Don Gaspar, ni los demás sus descendientes, de quienes provienen Doña Ysabel Maria, y Don Joachin Joseph de Zavala Yurreamendi.

32 Es preciso, que à vista de argumentos, y probanças tan fuertes, ayan de reconocer Doña Ysabel Maria, y Don Joseph Joachin de Zavala Yurreamendi, calificarse por este primer medio de la inmemorial la demanda de tenuta, puesta por Don Juan de Ysasaga, y que necessariamente se rindan à lo esforçado de tan concluyente probança.

33 Sin que pueda embaraçar el que para elidir la fuerça pretendan oponer, que aquel hecho de que se tratava en el pleito de hidalgua, en que se hizo la dicha probança, era cosa muy distinta de lo que oy se trata en esta causa, que es de la forma que se debe tener en la subcession del Mayorazgo de esta Casa:

Con

Con que por lo que toca à este pleyto parece se debe reputar por res inter alios acta , y consiguientemente , que por las doctrinas de este axioma no puede perjudicar à otro genero de causa , ni à las personas que pretendieren disputarla , vt in rubric. Cod. res inter alios acta seu iudicata alijs non nocere cum vulgatis.

34 Porque se responde , que esta regla , y axioma no procede quando es derecho vñiversal , y tocante à todas las personas de vna familia , el que se deduxo en la causa antecedente , y se estimaron las probanças en lo vñiversal de aquella causa , dandose sentencia por todos los motivos que se deduxeron , alegaron , y probaron en ella , los quales fueron parciales para que la causa se determinasse en la forma pretendida por las partes , en cuyos terminos quedan estimadas incidentemente todas las particularidades , y especiales motivos , que para ello en el pleyto estavan deducidos , vt ex text. in leg. Sed si possessoris 11. §. fin. cum leg. Sequenti de iure iurando , leg. Papinianus 8. §. Si ex causa 16. ff. de inoficios. testam. & ex alijs iurib. & DD. tenet , Escobar de puriut. quest. 13. §. 2. num. 39. & per tot. quest.

35 Y assi siempre paran perjuyzio si se ofreciere controve-  
tirse de ellos en otro juyzio , en especial si en el antecedente for-  
malmente se huviesse deducido sobre lo que se controvierte , vt  
late , & concludenter probat Pareja de vñivers. instrum. edict. tit. 7.  
resol. 12. per tot. & præcipue num. 9. 19. & 43. vbi plures idem Esco-  
bar vbi supr. dict. §. 2. per tot. & præcipue à num. 17. & seqq.

36 Luego aviendose expresamente articulado por Miguel Ruiz de Yurreamendi , Num. 3. en todas las preguntas de su in-  
terrogatorio , para calificar el lustre , y nobleza de dicha Casa  
Solar , que por ser tan antigua , y de tal calidad , y de Mayorazgo , ha esta-  
do , y està anexa à ella la Iglesia de San Miguel , que està junto à la dicha  
Casa , E LOS DVEÑOS , SEÑORES , E MAYORAZGOS DE  
ELLA HAN SIDO , E SON PATRONOS INSOLIDVM DE  
LA DICHA IGLESIA , Y LLEVADO LOS DIEZMOS DE  
ELLA , y han tenido , è tienen en la dicha Iglesia sus armas , asientos , y  
enterramientos , E TODO ELLO ha andado , è anda CON LOS HI-  
JOS MAYORES de los ultimos poseedores , dueños , y señores de la dicha  
Casa , como bienes Vinculados , è de MAYORAZGO , è de pariente mayor  
del apellido de Yurreamendi , sin se poder partir , ni dividir entre herederos ,  
y por tal Casa DE MAYORAZGO ha sido , y es tenida , y comunmente  
reputada en la dicha Villa de Tolosa , y en sus comarcas .

37 No parece que aviendolo probado con la expression , que  
queda antecedentemente demonstrado en el num. 12. 13. y siguiétes,

puede quedar razon de dudar, para la estimacion de esta inmemorial, especialmente aviendo blasonado, como blasonan los poseedores de esta Casa, de tener en ella el lustre de su antiguedad, y mayoria, calificado por esta executoria, y aviendo passado despues acà de posseedor en posseedor, como vna de sus alhajas mas preciosas.

38 Y quando tambien à la tercera pregunta de este interrogatorio se articulò formalmente la dicha inmemorial, y que la dicha Casa, y Solar era de notorios Hijosdalgo de sangre, è de Mayorazgo de uno, diez, veinte, treinta, quarenta, sesenta, ochenta, cien años, è mas tiempo, è de tanto acà, que memoria de hombres no es en contrario, è por tal se avia conocido, y posseido, lo qual sabian los testigos por averlo visto assi ser, y passar en sus tiempos, y averlo oido dezir à sus mayores, y mas ancianos, que dezian, que ellos, y los suyos assi lo avian visto, y oido dezir à los suyos, è que los unos, ni los otros nunca avian visto, ni oido dezir cosa en contrario, è que tal avia sido, y era, y es de ello la publica voz, y fama, y comun opinion.

39 Y consiguientemente, que se acomodan muy bien à nuestro intento las doctrinas citadas antecedentemente, y que para este caso se debe estimar, que antes de la fundacion que se ha presentado, era, como es, esta Casa de Yurreamendi de Mayorazgo, con sus diezmos, Iglesia, rentas, y Patronatos.

40 Quedando, como queda convencido ser antes de la fundacion presentada esta Casa de Mayorazgo antiguo: Y concurriendo tambien con esto el averse expressamente confessado por Juan Ruiz de Yurreamendi, Num. 6. hermano de Gaspar, Num. 7. y hijo de Miguel, Num. 3. quien litigò la executoria en el año de 1583. quando tomò la possession de el Mayorazgo, y Vinculo, que vacò por muerte de Juan Baptista Martinez su tio materno, y quando pidiò el apeo de los bienes pertenecientes à el dicho Vinculo en el Lugar de Gradilla de la Polera, en los años de 1612. y 1614. Que era señor, y posseedor de la Casa, y Solar antigua de Yurreamendi, y su Mayorazgo en Tolosa de Guipuzcoa, como consta de la Pieç. 5. al Fol. 108. y 113. y siguientes de este pleyto, y autos.

41 Se califica tambien con evidencia la surrepcion, con que se procediò por Juan Ruiz de Yurreamendi, Num. 1. del Arbol, quando se le concediò la facultad para la fundacion; pues dixo en ella, le pertenecia la dicha Casa, Torre, y Palacio por herencia de su padre, sin expresar los que eran, ni de que se componian; siendo assi, que avia subcedido en ellos en la forma, que sus passados, y por titulo de Vinculo, y mayoria.

42 Y que porque quiso mudar la forma de subcession regular,

lar, con que avia corrido siempre de tiempo inmemorial la subcesion de dichos bienes, y en que el mismo Miguel, y su padre, y demás sus passados, avian subcedido, como en el dicho pleyto de Hidalguia se articulò, y probò por el susodicho; Y que el mismo fundador, señalando los bienes, de que hazia el Mayorazgo, expressò el Patronato de la Iglesia de San Miguel, sus diezmos, preeminencias, y facultades, con la de poder nombrar Capellanes, y Beatas à su voluntad, como èl lo avia executado hasta entonces, y lo avian hecho sus antecessores. Callò la naturaleza regular, con que en ellos avia subcedido, y subcedia, passando à disponer de dichos bienes, como si los huviera adquirido libremente, y como si pudiese perjudicar à la costumbre, con que se avia subcedido siempre de mayor en mayor en la linea primogenita, y sus descendientes.

43 De que inferimos, que aunque huviesse tenido facultad para poder alterar su forma regular, y disponer los llamamientos en la forma que fuese su voluntad (que nada menos que esto se halla en el contexto de la facultad presentada) y en ella expressamente no se huviesse preservado el perjuyzio de tercero, como se preservò, y resulta de las palabras de vna de las clausulas de su contexto, ibi: *E otrosí con tanto, que los dichos bienes, de que así fizieredes el dicho Mayorazgo, sean vuestros propios, cā, nuestra intencion, è voluntad, no es, de perjudicar à Nos, ni à nuestra Corona Real, ni à otro tercero alguno, cuyas palabras dexan sin reparo, el que no se pudiese causar, ni causasse perjuyzio à ningun interessado, vt ex leg. 2. §. Si quis à Principe, ff. Ne quid in loc. public. cum vulgat. tradit Agust. Barbos. clausul. 147. per tot.*

44 Tamen, tendria suma dificultad, y era muy questionable, el que pudiesen subsistir ningunos llamamientos irregulares, como se puede reconocer en los muchos AA. que han tratado el punto de lo que pueden obrar semejantes facultades, & ex eis cum pluribus D. Salced. de leg. polit. lib. 2. cap. 14. à num. 28. cum multis seqq. ¶ ad leg. 4. cap. 24. num. 27. ¶ 28. tit. 14. lib. 3. Recop. à num. 74. ¶ seqq. D. Valenç. consil. 69. per tot. D. Molin. lib. 1. cap. 8. à num. 28. ¶ lib. 2. cap. 7. à num. 28. D. Salgad. de Reg. cap. 14. à num. 15. D. Covarrub. lib. 3. var. cap. 6. Cardinal de Luca de regalib. discurs. 148. quasi per tot. ¶ præcipue à num. 11. ¶ de fideicomm. discurs. 13. ¶ 14. Portugal Antun. de donat. 1. part. 2. cap. 11. D. Larrea allegat. 115. D. Solorçano de iur. Indiar. tom. 1. lib. 2. cap. 21. à num. 32. vsque ad 62.

45 Y otros infinitos AA. que refieren, y juntan estos en los lugares, que antecedentemente quedan propuestos: No podian sub-

8

sistir, los de la fundacion presentada, aunque se estimasse por verdadera, y comprobada, y mucho menos no aviendola avido para semejantes llamamientos, pues segun dicha costumbre de subceder, no se podia perjudicar à los que debian subceder en forma regular, descendientes de la linea del primogenito, de donde viene Don Juan de Ysafaga Yurreamendi, Num. 11, por la persona de Don Buenaventura su padre, que fue hijo de Don Juan de Ysafaga, y Doña Maria de Yurreamendi.

46 Y à lo sumo en la mas amplia, aunque no muy seguida opinion, solo podria subsistir la fundacion en los bienes propios, que huviesse tenido el dicho Juan Ruiz de Yurreamendi, y que le huviesen pertenecido, como libres, separandolos del Mayorazgo antiguo de la Casa, Torre, Solar, y Palacio de Yurreamendi, diezmos, Iglesia, y Patronato, con todos los demás adherentes, y pertenecidos, porque aunque huviesse querido con los suyos propios aumentar el Mayorazgo antiguo, no pudo mudar, ni alterar la forma regular, en que se avia subcedido, *ita ex text. in leg. In rem 23. §. Item quecunque, ff. de rei vindicat. leg. 4. tit. 12. part. 1. leg. fin. Cod. de allubionib. leg. 2. §. 2. ff. de vulgar. cap. Recolentis, §. vlt. de stat. Monach.*

47 Tienen, y resuelven la conclusion Riccius 4. part. collect. 806. Anton. Faber definition 64. tit. 2. lib. 1. Cod. Gutierrez. 3. practic. quest. 17. num. 215. D. Solorç. de iur. Indiar. tom. 1. lib. 3. cap. 1. ¶ tom. 2. lib. 1. cap. 21. num. 31. ¶ lib. 3. cap. 5. num. 64. D. Salgado de retent. cap. 33. Julius Cappon. tom. 4. discept. 232. ¶ tom. 1. discept. 1. Roxas de incompatibil. 1. part. cap. 7. quasi per tot. ubi plura cummunit. Aguilera eius Add. à num. 35. ¶ seqq.

## M E D I O S E G U N D O.

48 **A**UNQUE En el medio antecedente queda comprobado el derecho claro, con que Don Juan de Ysafaga pretende la tenuta de este Mayorazgo, no es menos brioso, ni alentado por este segundo medio, en que discurrirèmos, segun las cláusulas, substituciones, y llamamientos, con que dispusieron Juan Ruiz de Yurreamendi, Num. 1. y Doña Elena de Burgos su muger, la fundacion que otorgaron el año de 1543. aun en presupuesto, de que en quanto à su certeza, y observancia, huviese toda la comprobacion, que por derecho era, y es necessaria.

49 Esto se demuestra haciendo vna breve reflexion à las cláusulas de dicha fundacion, y à las providencias, que dieron en los

Jos casos que previnieron para la subcesion perpetua de dicho Mayorazgo , cuya voluntad es la regla que se ha de seguir en la distribucion de los que previnieron para cada vno de los llamados, segun la ley *Ex facto 35. §. Rerum, versic. Et facit quidem totum, ff. de hæred. instituend. authent. de Nuptijs , §. Disponat testator. collat. 4. authent. de restitut. fideicommiss. ibi : Non qui à lege sed qui à testatore anteponitur, leg. 40. Tauri, leg. Cum quæstio 22. §. 1. in fin. Cod. de legat. ibi : In omnibus etenim testatoris voluntatem, que legitima est; dominari censemus , leg. In conditionibus 19. ff. de condit. & demonstrat. ibi : In conditionibus autem, & dispositionibus voluntas testatoris primum locum obtinet.*

50 Esta es la regla , y el fundamento con que se goviernan todos los Doctores que tratan de qualquier genero de llamamientos , y substituciones , y entre ellos con muchos antiguos el señor Molina lib. 1. de Hispan. primog. cap. 2. num. fin. & cap. 8. num. 37. D. Valenç. consil. 69. à num. 1. D. Solorçan. in Polit. Indian. lib. 3. cap. 12. fol. 327. verb. Y esto es. D. Larrea decis. 33. num. 28. & decis. 53. num. 19. & 21. & decis. 60 num. 6. Vela disertat. 47. num. 43. & disert. 49. à num. 50. Roxas de incompatib. 1. part. cap. 8. num. 31. & ibi Alphonsus del Aguilal eius Addictionator qui plures refert.

51 Y siendo constante,tanto por la dicha fundacion , quanto segun el concepto de las partes, q el caso q subcede no està prevenido en ninguna de las clausulas antecedentes à la 9. porque todas las anteriores hablan de los llamamientos que dichos fundadores dieron à los varones descendientes de la linea masculina de Juan Ruiz de Yurreamendi su hijo , y de su hijo , nieto , y descendiente varon legitimo por linea masculina , distribuyendo tambien en esta forma de llamamientos , en defecto de los descendientes varones de el dicho primer llamado por la dicha linea derecha , à los demás hijos de los fundadores , y sus descendientes varones por dicha linea masculina , hermanos de el susodicho , de forma ; que siempre prefiriese el varon à la muger donde le huviesser , siendo legitimo , y viniendo por la linea derecha , como se contiene , y expressa en la clausula segunda de la dicha fundacion ; adonde todo esto se demuestra.

52 No puede dudarse que el concepto de los fundadores en la clausula 2. adonde todo esto se previene, y dispone en este l'amamiento, fue hazer vn Mayorazgo de agnacion , segun los DD. que tocan el punto de esta question; pues sientan todos , que *vocatio unius masculi in alterum masculum expresse significat maioratum esse agnationis , ex §. Ceterum inst. de legit. agnator. subces. & alijs iuribus, & AA. à latis à D. Joan del Castill. tom. 1. controv. cap. 138. à num. 18. D. Valenç. cons. 97. num. 171. D. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 38. &*

lib. 3. cap. 5. num. 11. Noguer. alleg. 28. num. 115. Idem Castill.  
5. controv. cap. 91. num. 84. Roxas de incompat. 1. part. cap. 6. §. 21.  
num. 306. vbi plures cummular.

53 Pero no obstante lo referido , es preciso se confiesse , como se debe confessar por las partes , que el dicho llamamiento de agnacion fue temporal , y limitado à aquellos varones que se demostraron , y quedaron llamados : porque en la clausula siguiente 3. se figurò otro caso por los fundadores , dando en él expresso llamamiento à las hembras , y à sus descendientes varones , en el qual se debe entender el Mayorazgo como regular , sin estender estos llamamientos à la forma que en el de los varones se avia dispuesto por la ley *Quæ condic̄tio 39. ff. de condic̄t.* & demonstrat. ibi : *At quæ condic̄tio ad certas personas acommodata fuit, eam referre devemus ad eum duntaxat gradum, quo haec personæ institutæ sunt.* Dixo lo mismo la ley *Sub condic̄tione 73. ff. de heredib. instit.* ibi: *Sub condic̄tione herede instituto si substituamus, nisi eandem cōdictionē repetamus pure eum heredem substituere intelligimus, leg. ultim. §. Scio, ff. de legat. 2. leg. Pater filium 38. ff. de legat. 3. authent. de restit. fideicom. §. Nos igitur, col 9.*

54 Y esto proprio fundan , tienen , y resuelven Perez de Lara in compend. vit. homin. cap. 30. num. 85. Don Joan del Castillo lib. 5. controvrs. cap. 92. à num. 4. Casanat. consil. 4. D. Molin de Hisp. primog. lib. 3. cap. 5. num. 18. & alij plures quos refert, & sequitur, Rox. cap. 6. num. 307.

55 Pues aunque es verdad que en dicha clausula 3. tiene llamamiento el varon , hijo , nieto , y descendiente de la hembra , esto no quita la forma regular de subcession , sino solo arguye la prelacion del varon à la hembra: pues en falta del varon de la hija primera , ù descendiente de ella , llaman à otra qualquiera hija que tengan , como se demuestra en dicha clausula 3. ibi: *E si de los dichos mis hijos, ó de los que de aqui adelante hoviere no vivieren, è de ellos no hoviere descendiente varon legitimo por la linea masculina, declaro, y mando, que los aya, y herede Juana Ruiz de Yurreamendi, Num. 6. mi hija mayor legitima, è de la dicha Doña Elena de Burgos mi muger, è despues de ella su hijo mayor legitimo, ó descendiente, siendo varon: E si de ella no le hoviere, que lo aya, è herede qualquiera otra hija que yo tuviere, si fuere viva, è si no su hijo mayor legitimo, è sus descendientes legitimos mayores varones; è no los teniendo lo herede qualquiera otra hija, que yo tenga mayor, y sus descendientes, de la manera que dicho es: è que el varon siempre preceda à la hembra, E QVE LA MVGER HEREDE EN DEFECTO DE VARON LA MAYOR; y el que subcediere por linea masculina, exceda, è se prefiera al que subcediere por linea*

línea femenina , aunque sea mas remoto en grado , E ANSI ANDE SIEMPRE EN TODO TIEMPO DE MAYOR EN MAYOR.

56 En la clausula 4. solo se previene el llamamiento de la nieta , en la misma forma que en la hija estaba dispuesto , dando le la preferencia à la MAYOR , y à sus descendientes , como en la hija , y en los suyos estaba dispuesto ; Y en la clausula 5. solo se trata del llamamiento en defecto de todos los hijos , è hijas , en cuyo caso se le llama à la subcession al pariente mas propinquio , y cercano , siendo varon , y sino le huviere , que lo herede muger mayor , è mas cercana en parentesco , en la manera que dexan expressado .

57 En la sexta tambien se previene , que sino huviere ningun pariente por linea de varones , ni mugeres de los fundadores , pueda escoger el vltimo posseedor , para continuar la subcession à qualquier otro pariente el que quisiere ; Y en la 7. solo se trata de la exclusion de los que huvieren entrado en Religion , ò tuvieran Orden Sacro ( como no sea de la Orden de Santiago , ò otras Militares , que no tengan repugnancia , para poder continuar la subcession del Mayorazgo ) porque en semejantes casos dan providencia , para que el Mayorazgo pase en el siguiente en grado , en quien deveria passar si vacasse por muerte natural .

58 Passan en la clausula 8. à poner à los posseedores el gravamen de vivir en la Casa , Torre , y Palacio de Yurreamendi , y que lleven su apellido , y armas , expressando las que son , y encargando su observancia , y tuvieron gran razon para encargarlo ; porque los tres bastones colorados en campo de oro , que señalan , se los concedió por armas à Joanes de Yurreamendi el Rey Don Sancho , en el año de 1290. por ser su Capitan General , y por los servicios que le avia hecho en las guerras , como lo refiere Bañez de Velasco en su Historia Genealogica , cap. 25. tratando de esta Casa , y de su antiguedad , y situacion en la Provincia de Guipuzcoa , cerca de la Villa de Tolosa .

59 Con que no tenemos que estrañar el encargo de su observancia , y el de que su posseedor viviese en el Palacio de la dicha Casa , con el rigor que se expressa en la fundacion , queriendo , que à el que no lo observasse , se le privasse de el Mayorazgo , y passasse en el siguiente en grado ; pero no quieren que de hecho se entrase en su possession , hasta que estuviese declarado por Juez competente , de tal forma , que si hiziese lo contrario , perdiiese el derecho que tenia al Mayorazgo , mientras no observava el gravamen aquél que vivia , pero reservandole su derecho , si despues le viniese por muerte de aquél que el Mayorazgo tenia .

60 Llegamos à la clausula nueve , que es por la que se ha de determinar este caso formalmente , por lo que toca à los demás bienes aumentados,fuera de los antiguos de este Mayorazgo, su Torre, y Palacio, Iglesia de San Miguel, diezmos, y Patronato, Casa de Miraflores, Montes, y Prados,que llegaron à dicho fundador, y su mûger , con la calidad de Mayorazgo , respecto de la inmemorial, que antecedentemente se ha hecho demostracion , y por ella parece queda sin duda esta materia , porque dizen las palabras de ella.

61 *E si acaesciere, que yo, ó otro alguno, que por tiempo este Mayorazgo tenga finare, dexando descendientes legitimos en esta manera, nieto, ó viznieta, varon descendiente del hijo mayor , y hijos vivos menores , que el hijo mayor, que era fuiado , que en tal caso el nieto, ó viznieta , segun su orden , preceda en el Mayorazgo AL TIO, O TIOS: è semejante se guarde, entre las nietas, è tias: de manera , que para la subcession de el dicho Mayorazgo, quier la contienda sea ENTRE VARONES , O ENTRE MVGERES LEGITIMAS, quando el Mayorazgo , segun las clausulas arriba escritas à ellos huviere de venir , siempre preceda el descendiente varon de HIJO MAYOR A LOS TIOS , Y LA MVGER DEL HIJO , Y FIJA MAYOR A LAS TIAS ; pero si fuere nieta , ó viznieta , y tuviere otro varon, hijo de aquell , que posteriormente tuvo el Mayorazgo ; que en tal caso el tio preceda à las sobrinas ; y aun si fuere nieto de quien tuvo el Mayorazgo , preceda à las otras nietas : DEMANERA , QVE LOS DESCENDIENTES VARONES PRECEDAN A LAS MVGERES , y entre ellas preceda el descendiente mayor por el hijo mayor ; Y CESSAND TODOS LOS VARONES , Y AVIENDO DE VENIR EL MAYORAZGO A MVGER , PRECEDA LA DESCENDIENTE DEL HIJO MAYOR ; y sino huviere descendiente de hijo alguno, PRECEDA LA DESCENDIENTE DE HIJA MAYOR: Y por la orden susodicha, especificadamente se sigue qualquier caso que acaesciere , aunque no sea de los arriba expressados , MAS A SEMEJANZA DE ELLOS SE DETERMINE, y no se pueda dezir, que por no ser aqui expressados , se debe , y ha de juzgar POR EL DERECHO COMVN, de manera , que no solamente por ello se juzgue lo especificado , mas aun por la razon , y semejança de ello , se juzgue qualquier caso que acaesciere , aunque aqui no sea declarado.*

62 En el contexto de esta clausula fija cada vna de las partes la regla , para que se determine à su favor esta controversia ; con que la dificultad de su determinacion consiste en su verdadera inteligencia.

63 Porque dize Doña Ysabel Maria de Yurreamendi , Nn-

mer. 13. que aviendo sido, como fue *per prius* esta fundacion de vna limitada, y temporal agnacion, y mientras huviesse varon de varon de la linea masculina, y admitido, como admitio despues de los varones de ella à la hembra primogenita, y mayor, que procediese de la linea de el vltimo varon.

64 Aunque se estimasse el Mayorazgo, por de agnacion perpetua, y se huviesse querido artificiosamente subscitar en la hembra, por lo que dixo *el text.en la ley Qui in adoptionem 23. ff. de adoption.* in illis verbis, *adoptio enim non ius sanguinis, sed ius agnationis afferit,* y se expressa en la authent. quibus mod. natural. eficiant *sui*, ibi: *Facimus eum ex quadam machinatione cognitum;* Y lo que por estos textos dizan los DD. de que la hembra *que prospicit agnationi fingit se masculum,* & consequenter eum qui descendit ex *femina* *tingit descendente ex masculo,* & propria providentia ius facit, & agnationem creat, como dixo Marino Frecia lib. 2. in Addit. rubric. Usque ad quest. 17. quest. 27. fol. 281. in impressione Veneciae ann. 1579. & num. 28. ibi: *Femina mutat sexum beneficio legis,* & *tingit eam masculum:* Y consiguentemente pone estas palabras, *non est consideranda qualitas sexus, sed id quod per sexum representatur.*

65 Se debe verificar, y verifica en ella el llamamiento, y substitucion, por ser la hembra mayor, agnada, de la linea efectiva de subcesion, y de substancia, como hermana de su vltimo posseedor: mayormente quando en las palabras de la fundacion se demuestra claramente la voluntad del Fundador, para que se vale de la dicha clausula 9. ibi: *Y cessando todos los varones, y aviendo de venir este Mayorazgo à muger, PRECEDA LA DESCENDIENTE DEL HIJO MAYOR, Y SINO HUVIERE* descendientes de hijo alguno, preceda la descendiente de *HIJA MAYOR.*

66 Y dice, y dirà Don Joseph Joachin de Zavala, Num. 16. sobrino de la dicha Doña Ysabel Maria, que su llamamiento, y substitucion, segun la misma clausula, es prelativo, y superior al de su tia Doña Ysabel Maria: porque aviendose descubierto la voluntad de los Fundadores, de querer, y aver querido, que no pudiesse subceder la hembra donde huviesse varon, y que este subcediesse, aunque fuese mas remoto, como se prueba de las palabras de la clausula 2. en el final de ella, en que se expressa, *que siempre se prefiera el varon à la hembra, donde le huviere, siendo legitimo, è viniendo por la linea derecha.* Y de la clausula 3. en que se dice: *è que el varon siempre preceda à la hembra:* Y en el final de la misma clausula 3. pues hablando de la hembra, y del varon, dice: *que este preceda, AUNQUE SEA MAS REMOTO EN GRA-*

DO, y ansí ande siempre en todo tiempo de mayor en mayor, en cuya voluntad parece, que contestan las palabras de la cláusula 5. pues en ellas se especifica que ande siempre de mayor en mayor, prefiriendo el de la linea masculina al de la femenina, è no aviendo varon legitimo, AUNQUE SEA MAS REMOTO EN GRADO, que lo herede muger mayor, è mas cercana en parentesco, en la manera susodicha.

67 Y aun lo pretenderà esforçar con la misma cláusula 9. pues para constituir regla vñiversal los Fundadores à la subcession de las hembras, previnieron, y quisieron que faltassen todos los varones, antes que entrasse la subcession en ellas, *ut probatur, ibi: Y cessando todos los varones, y aviendo de venir el Mayorazgo à mugr, &c.*

68 Con que pretende, y pretenderà hacer claro su intento à la subcession de este Mayorazgo, arguyendo, que aunque faltò la agnacion, se hizo de nuda masculinidad, en el caso de que llegasse à faltar; y que assi como varon de la linea efectiva de possession, aunque sea mas remoto en grado que su tia Doña Ysabel Maria, debe preferirla, segun la voluntad explicada por los Fundadores, en las cláusulas que antecedentemente quedan expresadas.

69 Estos argumentos proponen, y propondrán las otras partes para su pretension, y querràn ayudarla con la regla, que por el cap. 1. de *natura subces. feudi, fundan los DD.* en estos terminos, sacando, que debiendo continuar se la subcession del Mayorazgo en la linea, donde ha entrado, hasta que enteramente se aya extinguido, y evaquado, por aquellas palabras del texto, *ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit*, no puede entrar, ni otra hembra, ni otro varon, aunque sea de linea superior, aviendo en la del vltimo posseedor varon, ò hembra que pueda continuar la subcession, como le ay en este caso: pues Doña Ysabel Maria, es hermana del vltimo posseedor, y Don Joachin Joseph de Zavala, es tambien su sobrino, como hijo de otra hermana.

70 Con este vltimo argumento, querràn esforçar, que no puede entrar Don Juan de Ysasaga en la actual possession de este Mayorazgo, que intenta por su demanda: porque querràn suponer, que su linea, aunque superior, està postergada por la de Don Gaspar Ruiz de Yurreamendi, *Num. 8.* varon que quedò por muerte de Don Juan Ruiz de Yurreamendi, *Num. 7.* su hermano, en cuya linea entrò el Mayorazgo por su muerte, respecto de la calidad agnaticia de varon de varon, que en él concurria, y no averla en la del dicho Don Juan su hermano, *Num. 7.* por no aver dexado descendiente varon de varon, sino solaméte à la dicha Doña Maria de Yurreamendi, *N. 9.* su hija.

71 Y consiguientemente dirán, que no aviéndose, como no se ha evaquado la linea del dicho Don Gaspar, no puede entrar la de la dicha Doña Maria, ni Don Juan de Ysafaga, como descendiente varon de la referida; porque está postergada, y el juyzio de reintegracion, no se admite en el juyzio de possession, y sin embargo de que se intente, se ha de reservar à el de la propiedad, y diferirse en el de tenuta, al que funda su intencion en la primitiva calidad prelativa, que consideran los DD. para la subcession, que es el hallarse al tiempo de la vacante en la linea de actual possession.

72 De aqui proviene, que con estos fundamentos, nos querrán meter en la question celebre en el derecho, de si la hembra de linea superior en los Mayorazgos de agnacion, quando feneциó la dicha calidad de agnacion, y llegó à parar en hembra agnada de la linea que entró por esta calidad prelativa, ha de entrar à continuar la subcession, en competencia de la hembra que se halla en la inferior linea.

73 *Quæ quidem quæstio rigidè torquet ingenia Interpretum*, como tratando de ella dixo Roxas de incompatib. 3. part. cap. 4. à num. 21. & seqq. & in ea los AA. in diversas seinduntur sententias; porque muchos la determinan à favor de la hembra de la linea superior, y otros à favor de la hembra agnada, hija del vltimo posseedor, como se puede reconocer en la cita expressada del mismo Roxas, *desde el numero. 21. hasta el 35.* en que propone los casos, y AA. que han disputado lo referido.

74 Y aunque semejante question es muy controvertida, y ay algunos exemplares por la hija del vltimo posseedor, en competencia de la hembra mayor de la linea superior, que fue excluida por el varon de varon, que se hallavá en la linea inferior; quando vacò el Mayorazgo por el vltimo posseedor, padre de la hembra de la linea superior; no faltan tampoco DD. ni exemplares, que favorecen en semejante caso à la hembra anterior de linea superior, assistidos de la inconvenible razon, de que faltando la calidad que le diò prelacion à la linea inferior, para introducirs en la possession, por no aver yà en ella varon de varon, que pueda excluir à la hembra, debe bolver el Mayorazgo à su causa primera.

75 Y consiguientemente debe la hembra superior continuar la subcession, y no proseguirla la hija del vltimo posseedor por la ley 3. ff. de usufruct. ibi: *Ad eam enim partem reddire debet aqua initio divisus est, leg. 2. §. Mater, ff. ad Tertulian.* ibi: *Matre remota eos admitti qui venirent si mater non fuisset, leg. Filio quem Pater 23. ff. de liber. & posthum.* ibi:

51

ibi: Quia non translatus, sed redditus videtur, leg. Si vias 27. §. Pactum, ff. de pactis, ibi: Formae sue redditur, y otros que trae el Roxas de incompatible. 3. part. cap. 4. num. 57. 58. & 59. D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. num. 22. & lib. 3. cap. 5. num. 72. & idem Roxas ubi proxime, ex num: 45.

76 Y de otra razon, que no es menos fuerte, que la antecedente (que es) que en el Mayorazgo de qualidad no se constituye linea efectiva, sino es por la misma qualidad: Con que no se puede dàr, faltando ella linea efectiva, y solo se considera, mientras aquella qualidad se mantiene en la linea, y por esto en semejantes terminos no tiene repugnancia el que no se continúe la subcession en la hija del vltimo posseedor, que por ser varon de varon excluyò à la hembra agnada, hija del varon de la linea primogenita superior, y deba continuarla la hembra mayor de la linea superior, que fue excluida por el varon de varon, como haciendo reflexion sobre esta consideracion, lo advirtiò Roxas de incompat. 1. part. cap. 6. num. 152. diciendo: *Attamen advertas, quod si concurrant femina filia, seu neptis ex linea actuali primi possessoris, & femina filia seu neptis ex linea actuali vltimi possessoris, & ambæ sint lineaæ actuales, sive effectivæ possessoris, preferri debet femina ex anteriori, sive superiori linea.*

77 No obstante todo lo referido, y otras cualesquier consideraciones, que por las otras partes se propongan sobre lo mismo; y de que ninguna de ellas se puede acomodar al caso presente, porque ni à la dicha Doña Ysabel Maria, ni à el dicho Don Joseph Joachin de Zavala, les assiste la consideracion de ser hijos del vltimo posseedor (que es el caso controvertido de la question) y que aun en èl, como queda dicho, ay muchos exemplares, y DD. que firman su opinion por la HEMBRA de la linea superior, à que añadimos los que junta Manuel Alvarez Pegas, *in tract. de Maioratib. cap. 10. num. 711.* que refiere varias decisiones de la Europa, à favor de la hembra mayor de la linea superior, quando concurre con otra de linea inferior, hija, ó hermana del vltimo posseedor.

78 Nos parece que no necessitamos de mas satisfaccion que lo referido, para que quedassen convencidos los argumentos contrarios, sin mas que lo que queda expressado.

79 Pero està tan claramente determinado el caso que se quiere presuponer por los Abogados contrarios, para poderse aprovechar de los argumentos antecedentes en la disposicion de este Mayorazgo, quando llegaron los Fundadores à prevenir la

providencia que figuraron, necessitavan los que previnieron en la clausula 9. que vno de ellos, y el primero fue, el que subcedió el año de 1627. quando murió Juan Ruiz de Yurreamendi, *Num.* 7. hermano de Gaspar, *Num.* 8. que no admite la menor duda el que tambien en los demás bienes aumentados, y contenidos en la fundacion hecha por Juan Ruiz de Yurreamendi, *Num.* 1. se debe declarar à favor de Don Juan de Ysafaga la demanda de tenuta.

80 *Et cum exemplo res fiat manifesta*, parece se haze evidentemente, parando la consideracion en la misma clausula 9. para la qual es menester tener presentes los llamamientos, y substituciones, que el Fundador hizo en las clausulas antecedentes: porque con el conocimiento de los que anteriormente avia hecho, se entre en la consideracion de los de la clausula 9.

81 Es constante, como diximos en el *num.* 52. que el primer concepto, que el Fundador tuvo, segun la clausula 2. de la dicha escritura, fue hazer vn Mayorazgo de agnacion propia, y natural en sus hijos varones, y descendientes varones por linea masculina; Y aunque se quisiesse presuponer en contrario el dezir, que en defecto de los dichos descendientes varones de la linea masculina, quiso artificiosamente subscitar en su hija Juana, y en las demás hijas que tuviese, y en sus descendientes varones, impropriamente la agnacion ficta, à exemplo de la legitima, evaquadando primero los varones de sus hijas, que passasse à hazer, el que pudiesse entrar à posseerle muger, porque solo la hembra le debia heredar en defecto de varon, segun la clausula 3. ibi: *E que la muger herede en defecto de varon la mayor.*

82 Todavia aunque esta fuese la mas poderosa consideracion, que quisiesse hazerse de vna, y otra substitucion, referidas en las clausulas 2. y 3. de la dicha disposicion, y fundacion, no obstante en nuestra inteligencia, y segun lo que se fundó en el *num.* 35. no parece fue de tanto rigor la substitucion, y llamamiento en las dichas hijas, y sus descendientes varones, que se subscitasse la agnacion ficta; porque se contentó, con que el sucesor tuviese la calidad masculina, à que no parece se opondrá Don Joseph Joachin de Zavala; pues por dicha calidad masculina quiere preferir à su tia Doña Ysabel Maria.

83 Y es cierto, que en este mismo concepto de masculinidad, corrió el Fundador en las clausulas 4. y 5. porque aviendo introducido en el llamamiento à las hembras, fuesen, ó no de vna, ò otra linea masculina, ò femenina: Siempre atendió, à que no avien-

do varon legitimo , aunque fuese mas remoto en grado , que lo heredasse muger mayor , y mas cercana en parentesco en la manera susodicha.

84 Y que aviendo passado despues de dichos llamamientos à los de las clausulas 6. 7. y 8. quando llegò à la 9. se acordò , que no avia dado providencia en las anteriores à los casos , q̄ en dicha clausula 9. quiso dexar , como dexò expressados , y q̄ no avia llamado à las hijas , ni à los descendientes varones , de aquellos primeros varones , que avian sido posseedores de dicho Mayorazgo , de quienes avia apartado la subcession , por aver faltado en su linea masculina la varonia , y en cuyo caso avia substituido à cada vno de sus hijos , y à sus varones por linea masculina , para que continuasle la subcession por propia , verdadera , y natural agnacion .

85 Y reconociendo , que la disposicion de derecho previene , que quando los Fundadores , ò Testadores quieren dàr providencia à distintos casos , es menester , que lo expressen , por lo que dixo Modestin. in leg. *Iam hoc iure 4. §. 1. ff. de vulgar.* ibi: *Cum aliud adque aliud testator disponere vult , singulis separatis substitutionibus uti debet :* porque aunque sea en el entendimiento primero el concepto , que las palabras , es preciso , que este se explique por ellas , para que se tenga la voluntad por expressada , como se nota por la ley *Vnic. §. Sin autem ad deficientis , Cod. de caduc. tolend.* ibi: *Licet ut inquit ex Servio Celsus , & prior adque posterior est quam vox , mens dicentis , & nemo sine voce dixisse existimat*ur , cuya razon comprueba el señor D. Christoval Crespi de Valdaura con muchas autoridades , y textos , observat. 22. à num. 16. & seqq.

86 Y en cuyos terminos *quilibet substitutionis gradus , secundum suam formam est iudicandus , sin juntarse con los demás , que antecedentemente se declararon por el text.* en la ley 1. §. Si primum de bonor. possess. contr. tabul. ibi : *Nec sibi iunguntur , cum ad suam quisque causam unusquisque substitutus sit , Bart. in leg. Ex hoc iure , §. fin. ff. de vulgar. Peregrin. de fideicommiss. artic. 12. num. 29. & cum alijs pluribus , Fontanel. de pact. tom. 2. claus. 5. glos. 10. part. 2. num. 17.*

87 Los fue el Fundador explicando en la dicha clausul. 9. dando su llamamiento à cada caso que figurò , y el primero fue , el que los dichos sus hijos varones , y los descendientes varones de ellos podrian tener hijas : Y que respecto de que avia substituido à el primero llamado , y à los demás sus hijos , en defecto de dexar varones por la linea masculina à los tios , que podian ser de las dichas hijas , queriendo que se evaquassen primero todos los varones por linea masculina , que proviniesen de cada vno de ellos ; y que en su defecto tambien avian dado llamamiento à su hija Juana , hermana

de los susodichos, y à sus descendientes varones, primero que entrasse en otro genero de hembras, ni ellas, ni sus varones tuviessen llamamiento.

88 Dispuso, que si alguno de sus hijos, u otro qualquiera, que por tiempo posleyesse este Mayorazgo, muriese sin dexar hijos, ni descendientes, nieto, ó viznieto, varon descendiente del hijo mayor, y hijos vivos menores, que el hijo mayor que avia fallecido, que en tal caso el nieto, ó viznieto, segun su orden, precediesesen en el Mayorazgo al tio, ó tios, assi se prueba de la clausula 9. ibi : *E si acaesciere, que yo, V OTRO ALGVNO, que por tiempo este Mayorazgo tenga, finare, dexando descendientes legitimos en esta manera: NIETO, O VIZNIETO, VARON DESCENDIENTE DEL HIJO MAYOR, Y HIJOS VIVOS MENORES, QUE EL HIJO MAYOR, QUE ERA FINADO, que en tal caso el NIETO, O VIZNIETO, segun su orden, preceda en el Mayorazgo al TIO, O TIOS.*

89 El caso de esta substitucion, y llamamiento, es el que subcedio el año de 27. en el qual murió Juan Ruiz de Yurreamendi, Num. 7. dexando por su nieto, hijo de Doña Maria de Yurreamendi, Num. 9. à Don Buenaventura de Ysafaga, que al tiempo de su muerte tenia ya cinco años, y no pudiendose dudar de ser cierto lo referido, porque està justificado en el pleito, q en dicho tiempo era ya nacido (porque nacio el año de 1622.) tampoco se puede dudar, que devia preferir en la subcesion del Mayorazgo à D. Gaspar de Yurreamendi su tio, N.8. porque en este caso està llamado, y substituido con clara preferencia à su tio.

90 Explicase mas ser este el caso de la substitucion, y llamamiento, que queda expressado, con el modo de introducir el Fundador por dicha clausula 9. al nieto, y viznieto, en preferencia del tio, para que este no pudiesse introducirse en competencia del sobrino, diversificando el caso que figurò en la clausula 2. al que en esta 9. dexa declarado: pues para darle la entrada à el tio en competencia del sobrino, quiere que se ayan acabado el hijo, nieto, y viznieto, y dende ayuso, varones de la linea masculina del primer llamado, en cuyo caso quiso que el tio entrasse en la subcesion, sin embargo de que huviese dexado descendiente, y varon que de él descendiesse: porque quiso que sus hijos, en tal caso, prefiriesen al varon que venia del tal descendiente, que ya no lo seria por la linea masculina, respecto de que aviendole de la linea, quiso que se conservasse en él el Mayorazgo, y no hiziesse transito à ninguno de sus hijos, hermanos del primer varon llamado, que poseia este Mayorazgo.

91 Pero en el caso de la clausula 9. que es sumamente distinto , y diverso , introduce al nieto , y viznieto , sin mas calidad que la de masculinidad , y con la voz indiferente , y vniversal de descendiente , que comprehensivamente abraça los dos sexos , segun las disposiciones de derecho , por la ley vltim. Cod. de suis, & legit. hæred. authent. de hæred. abintest. venient. §. vlt. Fusario quest. 25. num. 3. Ruin. conf. 49. num. 3. lib. 1. Barbos. de appellat. verb. Descendens , appellat. 70. num. 10. & num. 17.

92 Y assi corrigiò con esta forma de substitucion de la clausula 9. la que en la clausula 2. avia hecho , dando la prelacion à el tio , por no aver dexado varones de varones de la linea masculina el hijo mayor que estaba posleyendo , en virtud de su prelativo llamamiento de mayoria ; y en el de la clausula 9. se contentò con que fuese masculo de qualquiera descendiente , que es caso contrario à el que en la clausula 2. avia formado , que explica la mejor inteligencia de la subcesion referida.

93 Para mayor comprobacion de este discurso debemos poner en este arbol el exemplo, y semejança de esta substitucion , y llamamiento ; y para esto figuramos , que Miguel Ruiz de Yurreamendi, Num 3. tuvo por sus hijos à Juan Ruiz de Yurreamendi , y à Don Gaspar Ruiz de Yurreamendi , Num. 7. y 8. y que aviando llegado el Mayorazgo por su muerte à su hija Doña Maria de Yurreamendi , Num. 9. se avia perdido la agnacion , que per prius parece quiso el Fundador ; y que para que no se perdiese en el primer hijo , por aver muerto sin varon , quiso continuarla en el tio , hermano de aquel varon mayor , que muriò sin subcesion de varon , aunque le huviesse dexado de otro descendiente , como lo serian los varones descendientes de su hija.

94 Es cierto , que en este caso si huviesse de continuarse la agnacion referida en los hijos de Miguel , como el Fundador la avia prevenido en sus hijos , sin duda alguna preferiria Don Gaspar , Num. 8. à la dicha Doña Maria su sobrina.

95 Pero quando llegò à este caso se contentò con que fuese masculo , nieto , ó viznieto del poseedor que avia sido del Mayorazgo , aunque no fuese descendiente por varonia , con tal que lo fuese , y tuviesse la calidad de masculo , respective al grado con que le figura , para entrarle en la subcesion de este Mayorazgo , en cuyo caso le diò preferencia para que no le pudiesse competir su tio varon agnado , hermano de su padre , ó abuelo , que avian poseido este Mayorazgo .

96 Pruebase este concepto claramente de la clausula 9. porque

que dize en ella , que si el que por tiempo fuese posseedor de este Mayorazgo finasse, dexando descendientes legitimos en esta maniera ; NIETO , O VIZNIETO , descendiente del hijo mayor, que era finado, que en tal caso el NIETO , O VIZNIETO descendiente del hijo mayor, preceda en el Mayorazgo AL TIO , O TIOS , aunque huyesse tenido otros hijos vivos menores , que el susodicho.

97 Luego si en el caso propuesto Miguel Ruiz de Yurreamendi, Nu. 3. tuvo por sus hijos à Juan, y à D. Gaspar Ruiz de Yurreamendi, Num. 7. y 8. y al tiempo que muriò Juan Ruiz de Yurreamendi, dexò por su nieto à Don Buenaventura de Ysataga, Num. 11. hijo de Doña Maria, Num. 9. y sobrino del dicho Don Gaspar, se verifica claramente en èl el llamamiento referido , de que prefiera el nieto del posseedor en competencia del tio.

98 Y si quando, como queda dicho en el num. 85. y 86. aliud adque aliud testator disponere vult singulis substitutionibus uti debet , y entonces quilibet substitutionis gradus secundum suam formam est indicandus , hallandose , como se halla en este Mayorazgo, dada vna forma para subceder à los nietos , y viznietos varones , hijos de el primer llamado por linea masculina, segun la clausula 2. y otra para los nietos , y viznietos , que no vienen de linea masculina , sino es que provienen de otro descendiente , queriendo , que si faltan en el primer caso los nietos, y viznietos varones del hijo del primer llamado , subcedan los tios , hermanos del primer llamado; y en el segundo, que subcedan los nietos, y viznietos , sobrinos, con preferencia à los tios.

99 Es preciso, que la diferencia de introducirlos, dandoles en uno la preferencia à los tios , y en el otro la prelacion à los sobrinos , haga los casos de la subcession diversos , distintos , y contrarios; mayormente, quando en el segundo no se repitieron las qualidades, con que se introduxeron en el primero , y son distintas las personas de los casos , en que se hizo el llamamientu , & ubi extat personarum diversitas , qualitas vnae personae adiecta , nec repeti, nec referri ad alteram potest, segun la comun sentencia de la glof. en la ley In repetendis de legat. 3. & in leg. Titia , §. Idem respondit , el 1. ubi Jason. & DD. de verbis. obligat. y lo que dixo Alciat. en el respons. 96. en el numer. 25. versic. 3. por el texto en la ley Que conditio , ff. de condit. & demonstrat. para que tambien es muy bueno el consejo de Altograd. 83. à num. 13. & seqq.

100 En cuyos terminos no se presume continuarse la agnacion , y varonia , que se quiso en el primer caso presupuesto ; mayormente, quando el testador en el segundo, solo se contentò con la varonia, atendiendo, à que el llamado tuviese la calidad mas-

culina , y que proviniesse de qualquier descendiente , aunque no fuese por linea masculina . Y assi dixo Alciat . en el lugar antecedentemente expressado , que *conditio* , & *qualitas adiecta primo vocato* , non dicitur repetita in eius substituto , por ser la persona distinta , y ser diverso el caso , con que convienen las palabras de el texto en la ley . Si cum uno , ff. de except. rei indicat . ibi : *Tamen personarum mutatio* , *aliam, atque aliam facit rem* ; y tambien lo funda largamente D. Joan del Castillo tom. 6. controversial. cap. 131. n. 18. & seqq. y es muy celebre el consejo de Menoch. 177. desde el num. 12. y los siguientes , y junta muchos en observacion de lo mismo Marc. Ant. Sabell. in sum. diversor. tractat. §. *Agnatio* , fol. 113. num. 11. vbi: *Quod agnatio non operatur extensionem de persona ad personam* , *sed refertur tantum ad personas expresse nominatas* , *nec quando in aliquo casu illam expressit, in alijs vero non expressit* , y lo mismo prueba en el §. *Qualitas* del tom. 3. de dichos tratados , num. 12. 13. & 18.

101 Desuerte , que corriendo con esta comun doctrina , opinion , y concepto , tienen todos los DD. que quedan citados por necesario , el que sea el mismo caso , ò el que aunque sea distinto , se diga por el testador , que quiere lo mismo , para que se tenga lo adicto por repetido , por lo que dixo el text. en la ley *Ædiles* , §. *Se- quuntur* , ff. de *ædilit. adictio* , que por escusar la repetition dixerón , ibi: *Quidquid igitur illic diximus hic erit transferendum* , que siguió el Consult. en la ley 1. §. *Proponitur* , ff. de *superficiebus* , con otras palabras , que prueban lo mismo , *omnia quoque* , que in uti posidetis interdicto servantur , *hic quoque servabuntur* , que es lo propio , que se halla en otras de la ley , *deinde 3. §. Ex eisdem causis* , ff. de *liber. & posthum* , ibi : *Itaque quecumque ibi diximus* , *eadem hic quoque dicta accienda sunt* , leg. *Ergo* , §. *Si subcondicione* , ff. de *fideicomm. libertat* . Y assi no aviendolo declarado , ni dexandolo expresso , no se le debe dàr semejante entendimiento .

102 Quedando , como queda con el exemplo , y discursos antecedentes , ilustrada la verdadera inteligencia de la clausula 9. para que quando vacó este Mayorazgo por muerte de Juan de Yurreamendi , Num. 7. no pudiesse entrar à posseerle Don Gaspar de Yurreamendi su hermano , Num. 8. quedan consiguientemente deshechos todos los discursos , y argumentos , que con pretexto de postergacion de linea , y con el motivo de hallarse en la efectiva , y de substancia , han querido , ò quieran intentar Doña Ysabel Maria , y Don Joseph Joachin de Zavala ; porque aviendole impedido , y debidole impedir la entrada à Don Gaspar de Yurreamendi su tio , Don Buenaventura de Ysasaga , Num. 11. su sobrino , por las consideraciones , que antecedentemente se han referido .

103 Ni pudo formar Gaspar en la suya linea de substancia, ni aver postergacion, pues no huvo litigio en que Don Buenaventura de Ysafaga huviese sido vencido, ni mas que vn hecho voluntario de averse querido introducir el tio en la detencion de los bienes de este Mayorazgo, sin aver llegado, ni podido llegar el caso de su subcession, por no averse evaquado los primeros llamamientos, y substituciones que el Fundador avia hecho en los nietos, y viznietos que descendian de la linea del primogenito, que posseia, y estava posleyendo, y de la qual era Don Buenaventura de Ysafaga, por ser nieto de Juan de Yurreamendi su abuelo, Num. 7.

104 Pero sin perjuyzio de la verdad, y de este tan legitimo, y legal entendimiento, que en la dicha clausula 9. hemos hecho ex abundanti; y para quitar toda razon de dudar hemos de passar à discurrir si conforme à las demas reglas que en la dicha clausula 9. se expressan, podia subceder el descendiente de la hija mayor de la linea primogenita, en caso de còpetir con ella otra hembra, ó descendiente varon de la linea inferior, y secundogenita, en quien legitimamente huviese entrado la subcession de este Mayorazgo en lo correspondiente à los bienes aumentados por Juan Ruiz de Yurreamendi, y Doña Elena de Burgos su muger, Num. 1. del Arbol ( porque en los de que se componia el Mayorazgo antiguo de la Casa Solar, Torre, y Palacio de Yurramendi, con su Iglesia de San Miguel, Diezmos, y Patronato, en que de tiempo inmemorial se avia subedido de mayor en mayor por via de Mayorazgo) nunca podia tener competencia ninguno que no fuese descendiente de la linea primogenita.

105 Antes de passar à discurrir en el caso que en el numero antecedente se ha expressado, debemos prevenir dos cosas muy principales, assi en el hecho, como en el derecho, para formar el concepto, y resolucion de el caso en que ex abundanti discurremos.

106 La vna es, que aviendo hecho reflexion sobre la clausula 9. en la linea primera del fol. 4. de las clausulas à la vuelta, se halla, que està mal correcta con el original, que se refiere en la fundacion que se ha presentado: porque debiendo dezir, que en tal caso el tio preceda à las sobrinas ( como està puesto en la dicha fundacion ) dice, que en tal caso que él no preceda à las sobrinas, dexando la palabra tio, y poniendo el que, y el no; Y tambien, que en la linea 11. de la misma clausula, y folio, en que debe dezir, segun el original, aunque no sea de los arriba expressados, dice, aunque sea de los

*los arriba expressados*, que es contra lo que se expressa en la fundacion que se ha presentado , y falta el *no* à lo romanceado.

107 La segunda, y tocante al derecho, es ser vna proposicion cierta, y segura entre todos los Doctores que han tocado la question *in genere* de si la hembra de linea inferior , y su hijo varon, hija, ò hermana del vltimo posseedor , que legitimamente posse yò , quando el Mayorazgo fue de agnacion , y quedò reducido à masculinidad , por no aver yà mas varon de varon en la linea inferior ; deberá preferir à la hembra , y varon de la linea superior , y primogenita ? En la qual general , y comunmente assientan , que quando el Testador , ò Fundador quiso que bolviesse à la hembra de la linea superior , y primogenita del Mayorazgo , y à su varon , cessen todas las reglas , y los fundamentos , con que la hembra de la linea inferior , y su varon , hija , ò hermana del vltimo posseedor , se pretende ayudar , para que se prosiga , y continúe en su linea la subcession.

108 Porque como en las disposiciones es la ley que govieren la subcession, la voluntad de los testadores , segun queda fundado en este informe en el num. 49. *Et prohatur etiam, ex leg. Ab omnibus 104. ibi: Cum significatio non repugnet huic sententiae , & voluntas testatoris congruat, ff. de legat. 1. leg. Cum proponeatur 64. ff. de legat. 2. leg. Liberorum 52. §. Quod tamen casuis , ibi: Nisi forte id nos vrserrit voluntas , ff. de legat. 3. leg. Si alijs 19. ff. de vsufr. legato , leg. Cum verum 16. versic. Sane , Cod. de fideicom. leg. Cum questis, 12. §. 1. Cod. de legat. leg. 40. Tauri , ibi: Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente instituyò el Mayorazgo. Giurba ad consuet. Mefan.cap. 6. glos. 1. num. 22. cum alijs plurib. Vela dissert. 47. num. 43. Ideo est , que adonde ay voluntad expressa no se debe atender otra regla , vt ex iuribus proximè relatis , & alijs traddit Anton. Gomez tom. 1. Variar. cap. 5. num. 24. versic. Etenim , & versic. Confirmatur. Roxas de incompat. 1. part. cap. 8. num. 31. con notables palabras , ibi : *Quia eodem modo , quo voluntas Divinae Providentie , facilit ordinem in Astris , ita voluntas testatoris , seu institutoris Maioratus , facilit ordinem in subcedendo , quam plures D. Alphons. del Aguil. ad Roxas part. 1. cap. 6. num. 307.**

109 Entrando , pues , en el discurso , que hemos ofrecido , se hallará convencido , y probado lo propuesto ; porque es evidente , que en la clausula 9. se dieron reglas universales à los nietos , y viznietos , nietos , y nietas , y demás descendientes varones , y hembras , que proviniesen , y procediesen despues de los hijos , y de los varones , que de el dicho Juan Ruiz de Yurreamendi , Fundador , por linea

linea masculina de varon, huviesen provenido, para que subcediesen despues de los varones de varones, que por linea masculina avian llamado en forma de agnacion, aunque temporal, y limitada à aquellas personas, que expressaron, para que subcediesen primero en dicho Mayorazgo, que fueron el primer llamado, y los demas sus hermanos.

110 Y el primer caso que figuraron, fué el de nieto, ó viznieta, varon descendiente del hijo mayor, que avia posseido este Mayorazgo, prefiriendole à el tio, que el dicho varon tuviese al tiempo, que vacasse el Mayorazgo, como antecedentemente lo hemos demostrado con el exemplo, que se ha figurado, y comprobado por la clausula 9.

111 El segundo es, el que à semejança de este caso quiso tambien el Fundador se guardasse entre las hembras, quando llegasse el que compitiesen las tias con las nietas, del que huviese posseido el dicho Mayorazgo, queriendo, que estas prefiriesen à las tias, hermanas de su madre, ó abuela, como descendientes de la hija mayor, y primogonita: demanera, que no podian competir en semejante caso las tias con las nietas, aunque fuesen vivas à el tiempo de la vacante de el dicho Mayorazgo.

112 Assi se manda, y refiere en la clausula 9. pues dize: *Esemejante se guarde entre las nietas, è tias, demanera, que para la subcession del dicho Mayorazgo, quier la contienda sea entre varones, ó entre mugeres legitimos, quedando el Mayorazgo, segun las clausulas arriba escritas à ellos, huviente de venir SIEMPRE, preceda el descendiente varon de el hijo mayor A LOS TIOS, y la muger de el hijo mayor A LAS TIAS.*

113 Passa despues el Fundador à figurar otro caso, que es el de que se deverà observar, quando la nieta, ó viznieta de el que posseyò el Mayorazgo, huviese dexado varon à el tiempo de aver vacado, y le compite alguna viznieta, sobrina de el varon, que queda expressado; Y en este caso manda, que el tio la preceda en la subcession de este Mayorazgo, y la misma preferencia le dà para en quanto à las otras nietas.

114 Assi se prueba de la misma clausula 9. pues disen las palabras de ella: *Pero si fuere nieta, ó viznieta, y tuviere otro varon, hijo de aquel, que posteriormente tuvo el Mayorazgo; que en tal caso, el tio preceda à las sobrinas: E aun si fuere NIETO de quien tuvo el Mayorazgo, preceda à las otras NIETAS.*

115 Desuerte, que el entendimiento del caso de esta substitucion, y llamamiento, es, que los descendientes varones precedan à las mugeres, siempre que vnos, y otros concurrieren, y que entre

ellas, preceda la que descendiere por el hijo mayor de la linea primogenita.

116 Asì lo entiende, y explica el Fundador en la misma clausula 9. pues hablando en el dicho caso de la preferencia entre los varones, y las hembras, dize: *Demanera, que los DESCENDIENTES VARONES precedan à las mugeres, Y ENTRE ELLAS preceda el descendiente mayor POR EL HIJO MAYOR*; de forma, que dà la calidad prelativa à la hembra mayor, en quien se hallare la qualidad de mayoria, assi por la calidad de la edad, como por la linea.

117 Despues de aver figurado el Fundador todos los casos antecedentes en la dicha clausula 9. y dado, no solo particular regla para el que huviesse de entrar à posseer este Mayorazgo, que se hallasse en el caso demostrado, sino tambien regla vniversal, para que se huviesse de observar lo mismo en otros semejantes casos, explicandose con la palabra, è *semejante se guarde, &c.* y con el comparativo, *demanera, &c.* E con la palabra *siempre*, y con la repetition de la misma palabra *demanera*.

118 Todas las quales dicciones, y palabras comprueban vna voluntad perpetua, de que se govierne la subcession por aquel exemplo, y regla, que el Fundador en su disposicion expressa, *vt ex dictione semper traddit Agustin Barbos. dictio. 361. per tot. & dict. 366. per tot. & de dictione similiter, ò semejante, dict. 367. per tot. & dict. 245. à num. 1. & seqq.* Et de dictione, *demanera, leg. 11. tit. 17. part. 1. verb.* En tal manera, *leg. 8. tit. 10. part. 7. verb.* En tal manera, *leg. 59. tit. 18. part. 3. verb.* En tal manera, *leg. 1. tit. 13. part. 3. verb.* En tal manera, à cuya comprobacion ayudan tambien las palabras del text. in leg. *Denique, §. fn. ff. de pecul. legat. ibi: Si tamen in alterius persona hoc eum sensisse apareat, idem dicas Gam. decis. 307. num. 4. Giurb. de faendis, §. 2. glos. 5. num. 86.*

119 Passa à hazer vna compendiosa substitucion, y llamamiento, para dàr vna regla vniversal, por donde se huviesse de governar la subcession de este Mayorazgo, en defecto de todos los varones, y masculos, que avia llamado en las clausulas antecedentes, sin embargo de los casos, que en la misma clausula 9. avia figurado.

120 Y recogiendo colectivamente todos los varones, que huviesse avido anteriormente, buelve à formar vna regla vniversal, para que siempre por ella se govierne la subcession antes de entrar el Mayorazgo en hembras, queriendo, que precediese la hembra, que descendiese de hijo mayor, y que de tal forma se observasse, quando llegasse la subcession à casos semejantes, que aun-  
que

que en algún caso la disposicion de derecho previniesse lo contrario, queria, y era su voluntad, que no por él, sino por ella se determinasen otros semejantes casos, aunque en la clausula no fuesen expressados.

121 Pruebase este concepto, y voluntad de la misma clausula 9. pues dize, ibi: *Y cessando todos los varones, y aviendo de venir el Mayorazgo à MVGER, preceda LA DESCENDIENTE DE EL HIJO MAYOR, y por la orden susodicha, especificadamente se sigue qualquier caso, que acaesciere, aunque no sea (aqui falta el no à la clausula) de los arriba expressados, mas à semejança de ellos se determine: Y no se pueda dezir, que por no ser aqui expressados, SE DEBE, Y HA DE JVZGAR POR EL DERECHO COMVM: Demanera, que no solamente por ellos se juzgue lo especificado, mas aun POR LA RAZON, E SEMEJANZA DE ELLO, se juzgue qualquier caso que acaesciere, aunque aqui no sea declarado.*

122 Esto es todo lo que se previene en la clausula 9. veamos aora, que es lo que ex abundanti hemos ofrecido, para en caso que Don Gaspar de Yurreamendi huviese entrado (que no pudo, como queda demostrado) legitimamente à ser posseedor de este Mayorazgo.

123 Lo que sucede es, que la contienda es entre vna hembra, hermana de el que vltimamente tenia ocupados estos bienes, imaginando ser posseedor (como fue Don Gaspar Phelipe de Yurreamendi) y vn hijo de otra hembra menor, hermana del dicho llamado, vltimo posseedor, demostrados en los Numeros 12. 13. 14. y 16. del Arbol, y vn varon descendiente de otra hembra de la linea del hijo mayor que avia posseido este Mayorazgo, como varon de varon de los primeros llamados, como lo es Don Juan de Ysasaga, Num. 15. por la persona de su padre Don Buenaventura, Num. 11. hijo de Doña Maria, Num. 9. que fue hija de Juan de Yurreamendi, Num. 7. hasta cuya persona se avia mantenido la varonia por linea masculina, aviendo causado la subcesion de el susodicho, el que no huviese llegado el caso de la substitucion de los varones sus tios, Num. 4. y 5. cuyas personas, y cuyos varones eran llamados, con preferencia à las sobrinas, hijas del posseedor, ó poseedores que avian sido de este Mayorazgo, todas las veces que estos huviesen muerto sin hijos varones por la linea masculina, como en las clausulas se previene.

124 Desuerte, que oy la subcesion es entre las hembras, y descendientes varones de ellas: Doña Ysabel Maria de Yurreamendi, Num. 13. dize, que es hermana del vltimo posseedor, y que es hembra mayor de la linea de possession, y que aunque huviere

viesse sido siempre el Mayorazgo de agnacion, se halla con la quālidad, como hembra agnada de hermana del vltimo posseedor, y consiguentemente, se han de causar en ella todos los efectos, que causa à los descendientes la linea de possession; pues *ille dicitur de linea, qui est in aliqua parte linea, ut probant, ex argument. text. in leg. Urbana 166. §. Per noctare, ff. de verbis. significat. Bald. lib. 3. consil. 339.* Menoch. *consil. 625. à num. 9. Gregorio Lop. in leg. 2. tit. 6. partit. 4.*

125 Y el sentido de la voluntad de el Fundador, es, *quod quilibet ex vocatis, ordine subcessivo admittatur, donec ex eis aliquis non supersit nec inveniatur*, por la regla de el text. en el cap. 1. de eo qui sibi, & haeredibus suis, que sigue el Sesse decis. 254. num. 16. Suelves centur. 2. consil. 5. à num. 54. Mantic. de coniectur. lib. 8. tit. 18. num. 62. D. Valenç. cons. 97. num. 78.

126 Mayormente quando la hembra agnada mantiene conforme à derecho la linea masculina, y es principio de la linea femenina, por la ley Pronuntiatio, §. fin. ff. de verbis. significat. Agustin Barbos. axiomat. 136. à num. 20. D. Valençuel. consil. 40. num. 25. Roxas de incompatibilit. 1. part. cap. 6. num. 377. & 342. ubi plures, & novissimè Marc. Ant. Sabelly in repert. summae divers. tractat. lit. F. §. 8. à num. 1. & seqq.

127 Con que siendo ella la hembra mayor de la linea de possession, segun la clausula 9. y conforme à las disposiciones de derecho, debe entrar primero en la subcession, y se ha de verificar en ella el llamamiento de la hembra mayor, que en la clausula se expressa, sin que entre otra hembra, ni descendiente alguno de ella, hasta que se aya evaquado el llamamiento de la dicha Doña Ysabel Maria, como hembra mayor, y todos los descendientes de ella.

128 *Tum quia extinctio priorum vocatorum est prius inquirenda ad subcessionem*, por la ley Si ex modica, §. Filius, ff. de bonis libert. leg. Gallus, §. Et quid si tantum, ff. de liberis, & posthum, leg. Sed et si mors, §. Proinde, ff. de donat. inter vir. & vxor. glos. in Clementin. Romana, verb. Moriente de electione, Gregor. Lop. in leg. 2. tit. 15. part. 2. glos. 17. verb. Si dixerit fijo, D. Molin. lib. 1. cap. 9. num. 29. D. Valençuel. cons. 83. num. 7. D. Christof. Paz de Tenut. cap. 34. num. 18. & 27.

129 *Cum*, porque quando alguno tiene preferencia en la substitucion por la calidad de el llamamiento, no puede entrar otro en la possession de el Mayorazgo, sino solamente en su falta, y defecto, como se prueba de la ley Vnum ex familia, §. Rogo 7. ff. de legat. 2. ibi: *Nec petere quisquam potest quandiu preferri aliis potest*, leg. Filius 42. §. *Cum filius 2. de bonis libertor.* ibi: *Et sine dubio qui sequentis gradus sunt,*

non admituntur interim, leg. Paulus notat. 8. de prætor. stipulat. ibi: Et potest videri calumniosè satis petere, quem alius antecedit, leg. In plurium 70. ff. de adquirend. hæredit. ibi: Nam hoc gradatim consequitur.

130 Y dice Don Joseph Joachin de Zavala, que à su tia Doña Ysabel Maria, no la pueden aprovechar estas doctrinas; porque aviando querido, como quiso el Fundador, que en defecto de varon de varon de la linea masculina, y antes que entrasse el Mayorazgo en hembra, huviese de subceder otro qualquier varon, aunque fuese mas remoto en grado, como queda expressado, *suprà num. 66.* y repetidamente significado por el mismo Fundador, y ultimamente, puestolo por regla en la misma clausula 9. pues dice, que cessando todos los varones, y aviando de venir el Mayorazgo à muger, &c. dà à entender, que aviendole, no puede subceder la hembra.

131 Porque aquellos varones, que con el ablativo absoluto puso en condicion, segun la ley 4. §. 1. versic. *Nisi salva, ff. quib. modis pign. vel hipotec. soluit, leg. Qui libert. 59. §. Servus, ff. de evictio.* D. Joan del Castillo tom. 4. controvers. cap. 25. num. 8. & cap. 57. per tot. Ciriaco. controvers. 249. per tot. D. Salgad. de Reg. protect. 3. part. cap. 3. num. 30. & 4. part. cap. 13. num. 29. D. Joseph Vela disertat. 38. num. 70. vbi plures, deben tener, y tienen primero que las hembras, conforme à derecho, la substitucion, y llamamiento.

132 Mayormente quando tambien esto lo expressa en otra parte de la misma clausula 9. pues dice en ella: *Demanera, que los descendientes varones precedan à las mugeres,* à quienes solo las dà preferencia entre si, quando huviese llegado à hembra, que entonces quiere que preceda la que por el hijo mayor descendiere, assi lo dice la dicha clausula 9. ibi: *Y entre ellas preceda el descendiente mayor por el hijo mayor.*

133 Y esta tan repetida disposicion manifiesta la clara voluntad de el testador; *quia vis geminationis, & repetitionis ostendit enixam voluntatem testatoris,* por la ley 1. §. Sciendum, ff. de ædilit. ædict. ibi: *Ego putò ædiles tolenda dubitationis causa vis idem dixisse ne dubitatio super esset,* glosa in Clementin. 1. verb. Diocestanis de iure Patronat. ibi: *Nec potest negari quin seriosè Diocestanos exprimat, cum hoc sit octies repetitum,* leg. Battista, ff. ad Trebel. Sousa de Macedo decis. Lusitan. 19. à num. 6. D. Joan del Castillo lib. 4. controvers. cap. 52. in princip. & cum alijs pluribus novissimè Marc. Anton. Sabelly in repertor. summae diverisor. tractat. verb. Geminatio num. 1. fol. 357. Con que por ningun medio puede Doña Ysabel Maria fundar la pretension de su derecho.

134 Pero dice, y dirà Don Juan de Ysasaga aun en el caso

que llevamos propuesto, que ningunò de los dos puede tener derecho, atendida la voluntad de el Fundador: porque siendo, como es, èl, varon de varon de la linea de el hijo mayor, que avia posseido, y posseyò este Mayorazgo, como de agnacion, por ser su visa-buelo Juan Ruiz de Yurreamendi, *Num. 7.* varon de varon de la linea masculina, y primogenita de el Fundador, aunque no huviesen cesado los primeros llamamientos de varonia que diò el Fundador à sus hijos, para que faltando la linea masculina, prefiriesen los tios à las sobrinas, hijas de los posseedores, por varonia de la linea masculina, y se huviese querido subscitar despues de aquellos llamamientos de varonia por linea masculina, la agnacion ficta; legitimamente se avia subcitado en su abuela Doña Maria de Yurreamendi, *Num. 9.* pues tenia hijo para proseguirla, y tiene nieto que la mantiene, y mantenla.

135 Y si la voluntad de el Fundador, como queda demostrado, quando salio el Mayorazgo de aquel caso prevenido para mantener la agnacion, no fue otro, que el desear, que el subcessor fuese varon (que es lo que à la verdad, consta de la disposicion de su Mayorazgo, segun queda expressado desde el *num. 66.*) con mucha mas razon deverà, y debe preferir à otro qualquier masculo; Lo uno, porque quiso que siempre este fuese el que se hallasse mas propinquo, y cercano; Y lo otro, porque tambien quiso que prefiriese el que descendiesse de la hija mayor de el hijo mayor, como queda probado de la misma clausula 9.

136 Mayormente, porque considerando su afecto, y voluntad la mayor cercania del parentesco, en caso que no huviese varon que entrasse à posseerle, y que huviese de ser hembra, quiso que esta fuese la mayor, è mas cercana que tuviese: Esto se prueba, no solo de la misma clausula 9. en que dice, que preceda la descendiente mayor de el hijo mayor, sino tambien de la clausula 5. de su disposicion, pues dice en ella, que assi por la linea masculina, como por la femenina, ande siempre el Mayorazgo en el varon de mayor en mayor, y que no aviendolo varon legitimo, aunque sea mas remoto en grado, lo herede muger mayor, è mas cercana en parentesco, en la manera, que avia expressado, ibi: *Y el que subcediere por linea masculina, sea preferido antes que el que subcediere por la femenina, y ande siempre de mayor en mayor, è no aviendolo varon legitimo, aunque sea mas remoto en grado, que lo herede MUGER MAYOR, EN MAS CERCANA EN PARENTESCO, en la manera susodicha.*

137 Luego aviendose, como se ha demostrado, que Doña Maria de Yurreamendi, *Num. 9.* fue hija mayor de el hijo mayor,

y primogenito, que posseyò este Mayorazgo, para con Doña Ysabel Maria, es llano, que era, y es clara la preferencia en la subcesion de este Mayorazgo, como hembra mayor de el hijo mayor, y primogenito que le posseyò; y que constituyò linea, para que en cada vno de los descendientes de ella se practicassen las substituciones referidas.

138 Y tambien es claro el derecho prelativo de Don Juan de Ysafaga, en lo respectivo à el dicho Don Joseph Joachin de Zavala; pues es varon de varon de la linea primogenita, y superior de el varon, que legitima, y legalmente le posseyò, y se hallava, y halla en el mismo grado, para la cercania de el parentesco con el Fundador, en que Don Joseph Joachin se halla demostrado en el Arbol.

139 Y siendo, como es cierto, que el Fundador quiso que se governasse la subcesion à semejança de los casos, que avia propuesto, en todos los que no se huvieslen expressado, como si cada vno de ellos estuviesse especificado (sin embargo de que por las disposiciones de derecho se mandasse lo contrario) es sin duda claro, que aunque segun ellas no pudiesse entrar, ni otra hembra, ni otro varon, quando legitimamente avia entrado otra linea inferior, y secundogenita en la possession de el Mayorazgo, hasta que todos los descendientes de ella se huviesen extinguido, y acabado, como por las disposiciones de derecho se manda, y ordena (segun queda fundado) avia de entrar en la possession la hembra mayor de linea superior, y su varon, porque no quiso que huviese postergacion, ni de aquella hembra, ni de aquel varon.

140 Luego mucho mejor deberà preferir esta hembra, y este varon de la linea superior, quando el varon de la secundogenita, y inferior, que pretendio con su entrada formar linea de possession, no pudo hacerlo por estar preocupada con el llamamiento, y substitucion del varon, que descendia de la primogenita, y superior, que tenia expreso, y formal llamamiento, antes que el varon de varon de la linea inferior, aunque aquel fuese mas cercano, è inmediato à el Fundador, como queda demostrado.

141 Porque aunque en los primeros varones fue el Mayorazgo de agnacion, que fueron los hijos de el Fundador: para con los nietos, ó viznietos, que por linea femenina huviesen descendido, y no lo fuesen por masculina, fue clara la preferencia de los sobrinos à los tios: siendo assi, que à los primeros varones llamados, hijos de el Fundador, que en el Arbol estan figurados,

tios de las hembras , que aquellos mismos varones avian dexado, les diò la preferencia, quando por falta de varonia de la linea masculina , llegasse la subcesion à querer entrar en hembra , limitando el Fundador esta qualidad prelativa de varonia à solo este caso , que especifica.

142 Aunque con los discursos antecedentes queda demostrada con evidencia la verdadera inteligencia de la clausula 9. y que segun su disposicion, està excluida qualquiera consideracion , que se quiera ponderar por la hembra , y por el varon de la linea inferior, para continuar la subcesion, aunque legitimamente huviesse entrado en sus principios el varon de varon de la linea inferior (que es concepto bien estraño) por lo que real, y verdaderamente queda demostrado aun antes de llegar la disposicion à la clausula 9. en que se corrigió qualquier efecto, y voluntad , que el Fundador en el principio avia manifestado , tanto por la variedad , y diversidad de los casos , que en la clausula 9. dexò figurados, no solo para lo particular de aquellos casos , sino tambien para lo vniversal de los que en adelante, podian ser sus semejantes.

143 Todavia adquieren mayor comprobacion las consideraciones antecedentemente referidas, si se reparan las palabras, con que vltimamente el Fundador cierra la dicha clausula 9. por las cuales se manifiesta , que ni quiso hacer postergacion de las hembras, que fueslen de linea superior , y primogenita , ni tampoco de los varones de ellas , ni que se governasle la subcesion en caso semejante , por lo que por el derecho comun se ordena , que es el fundamento mas principal de que se suele valer el varon , y la hembra, que de la linea inferior quiere subceder por aquella razó, de que el Mayorazgo no ande transitando de linea en linea , y se haga vn Mayorazgo saltuario, y mas en España , adonde en lo general no se admite regla tan extraordinaria.

144 Porque aunque confessemos ser verdad , segun las disposiciones de derecho, que quando entrò el Mayorazgo en vna linea, no puede entrar otra, hasta estar extinguidos, y acabados todas las personas de la linea en que ha entrado, por el cap. I. de natur. subces. feud. ibi : Sed omnibus ex hac linea deficientibus , omnes aliae linea & equaliter vocantur , leg. Cum ita , §. In fideicommissis, ff. de legat. 2. ibi: Qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo testator moreretur , D. Olea de ces. iur. tit. 3. quest. 4. à num. 14. vt latè exornant Rosa consultat. 69. à num. 5. & seqq. Pegas tom. 2. resol. forens. cap. 4. num. 29. & de maioratib. tom. 2. cap. 10. num. 762. & passim DD.

145 Como quiera que esta regla sea cierta , cessa su disposicion,

ción, quando ay expressa voluntad de el Fundador, aunque legítimamente aya entrado la linea inferior en la subcesion de el Mayorazgo, assi se prueba de la ley 40. de Toro, en aquellas palabras, *salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente instituyó el Mayorazgo*, y lo comprueban todos los AA. que en el num. 108. de este informe quedan citados.

146 Y lo califica tambien la misma clausula 9. pues franca mente, dize, que si se ofreciere algun caso, semejante à los que dexa expressados, no se aya de atender à el derecho comun, sino à lo que dexa mandado se observe en los casos figurados, ibi : *Y por la orden susodicha, especificadamente se juzgue qualquier caso que acaesciere, aunque no sea de los arriba expressados, mas à semejança de ellos se determine ; Y no se pueda dezir, que por no ser aqui expressados, se debe, y ha de juzgar por el derecho comun ; Demanera, que no solamente por ellos se juzgue lo especificado, mas aun por la razon, è semejança de ello se juzgue qualquier caso, aunque aqui no sea declarado.*

147 Y assi aunque el Mayorazgo se haga saltuario, y en lo comun, y general de Espana no se observe este modo de subceder en los Mayorazgos, se debe observar lo que el Fundador dexa mandado, vt fundat Cardinal de Luc. *in tractat. de fideicommis. tom. 10. discurs. 1. num. 3. & 4. & discurs. 4. & discurs. 14. num. 4. & 5. & discurs. 208 de iur. Patronat. & discurs. 20. num. 10. & discurs. 21. num. 8. & discurs. 61. num. 27. D. Joan de la Torre de maioratib. Italie 1. part. cap. 2. §. 2. ex num. 10. ad fin. capit. y en el cap. 3. eiusdem 1. part. §. 4. num. 21. dict. Cardin. de Luca discurs. 1. plura circa rem, & conclusionem tradit, & congerit Yldephonf. Perez de Lara de Capellan. lib. 1. cap. 5. à num. 1. & seqq.*

148 Y esto procede con especial razon, porque como la linea primogenita, y superior, es la que se presume siempre la mas amada, y predilecta de el Fundador, es necesario, que aya voluntad clara, y expresa de el mismo Fundador, para excluirla de la subcesion: Y consiguientemente es preciso que concorra lo mismo en todos sus hijos, y descendientes, para que se juzguen preferidos los de otra linea, y sus descendientes, que pretendan excluirlos, vt probatur, *ex leg. 14. tit. 7. lib. 5. novae Recop.* en que hablando de la regla en que funda la hembra superior, y primogenita, dize, que siempre se entienda, que deba subceder, menos que el testador la excluya con palabras claras, y expresas, *sin que para ello basten argumentos, presunciones, ni congeturas, por precisas, claras, y evidentes, que sean,* *leg. Libertas 17. §. fin. ff. de manumis. testament. ibi : Nisi aliud sensisse pa- ter familias manifestissimis probationibus probaverit, & pluribus confide-*

15

rationibus , & DD. comprobat , & tenet Cabreros de mætu, lib. 2.  
cap. 9. à num. 1. vñfsque ad 21.

149 Dexamos probado , que segun la clausula 9. no admite postergacion de linea este Mayorazgo ; porque el Fundador dexò expressamente llamada , quando llegasse la subcession à las hembras , à la que fuese descendiente de la linea superior , y primogenita , y à el varon , que proviniesse de ella ; y hemos tambien expresado , que era necesario litigio , y juzgio formal , para que este varon , y esta hembra de linea primogenita , y superior , quedassen excluidos , y no pudiessen ser reintegrados ; porque de otra suerte nunca se podia entender , que quedavan postergados .

150 Y que ni aunque otra linea voluntariamente se huviesse introducido à posseer este Mayorazgo , y à detener en ella , y sus descendientes los bienes que le pertenesesen , podia causar perjuzio à los legitimos , y legales descendientes , que de la linea superior proviniessen : Y configuientemente , que no podia formar regla , para que en aquella linea se mantenga , lo qual se prueba con evidencia , no solo por la misma clausula 9. sino tambien por lo que por derecho en semejante caso está dispuesto .

151 Pero aun hemos de probar , y calificar mas este fundamento , porque siendo , como es cierto , segun la disposicion de derecho , que muerto el poseedor de el Mayorazgo , no passa la possession en el que no es legitimo subcessor , aunque tenga tomada su possession ; porque de tal suerte busca à el que debe subceder legalmente , y conforme à la voluntad de el Fundador , que *ipso iure* , le transmite la civil , y legal possession , aunque otro téga , ò aya tomado la actual possession de el Mayorazgo , ù el mismo poseedor anterior se la aya dado , es preciso que no siendo legitimo , y legal subcessor , se le tenga por intruso poseedor .

152 Ita probatur expresse , ex leg. 45. Tauri , ibi : Mandamos , que las cosas , que son de Mayorazgo , agora sean Villas , ò Fortalezas , ò de otra qualquiera calidad que sean , muerto el tenedor de el Mayorazgo , luego sin otro acto de aprehension , se traspasse la possession civil , y natural en el siguiente en grado , que segun la disposicion de el Mayorazgo , debiere subceder en él , aunque otro aya tomado la possession de ellas en vida de el tenedor de el Mayorazgo , ò el muerto , ò el dicho tenedor le aya dado la possession de ellas , & ita communiter Tauristæ ad d. leg. in eius commento , & pluribus comprobata Don Petr. Noguerol allegat . 25. à num. 187. & seqq. & signanter à num. 191.

153 Luego importará muy poco , ò será de ningun momento , el que aviendo debido subceder por muerte de Juan Ruiz de Yurreamendi su hija Doña Maria , ò à lo menos su nieto D. Buenaventura

ventura de Ysafaga, por el expresso, y formal llamamiento, que la susodicha tenia, para preferir à su tio Don Gaspar, como su sobrina, ó que à el hijo de esta le assistia, para que en este caso, segun la clausula 9. no le pudiesse preferir su tio, se huviese entrado en la possession el susodicho; porque no era el subcessor legitimo, ni siguiente en grado el dicho Don Gaspar su tio, que debia subceder en el Mayorazgo (segun los llamamientos, y substituciones que avia dado) sino sus sobrinos, hijos, ó nietos de su hermano, como llanamente queda demostrado, y figurado, segun la disposicion de la clausula 9. y segun la diversidad de casos, que por especial providencia de el Fundador quedaron demostrados, como expressamente en este discurso se ha comprobado.

154 De que resulta, quedar convencidos, y satisfechos todos quantos argumentos, y fundamentos quieran esforçarse en contrario, con el pretexto de hallarse en la linea que estava subcediendo: pues ni aquella entrada de Gaspar fue legitima, ni aun que lo fuese podia constituir linea de subcession, para sus hijos, y descendientes, ni aprovecharse de las reglas, que por la hija, ó hermana de el ultimo posseedor suelen ponderarse, para que preferian estas, y los descendientes varones de ellas, à la hembra, y à el varon de la linea superior, y primogenita: pues como queda comprobado está dada providencia especial por el Fundador en la clausula 9. para quando llegasse la subcession à este caso.

155 Y tambien resulta de todo lo que hasta aqui se ha expresado, que no tenemos necesidad de discurrir en la observancia, ó inobservancia de este Mayorazgo: porque, que se aya observado, ó que no se aya observado, siempre es seguro segun el contexto de sus clausulas el derecho de Don Juan de Ysafaga, tanto por lo que mira à los bienes de que el Mayorazgo antiguo de esta Casa se componia, antes de la fundacion de Juan Ruiz de Yurreamendi, y su muger de el año de 1543. quanto por lo que toca à los que los susodichos aumentaron, agregaron, ó incorporaron por su fundacion en el Mayorazgo antiguo.

156 Porque de qualquiera suerte que se considere, es sin duda, que se debe declarar à su favor el remedio de la actual possession, y tenuta: pues si es por la inmemorial de el Mayorazgo antiguo, Doña Maria de Yurreamendi su abuela, fue legitima subcessora, por muerte de Juan Ruiz de Yurreamendi su padre, como primogenita descendiente, en quien no se pudo mudar la forma con que se avia subcedido en dichos bienes, que era la regular en que debe subcederse, y no tenia varon, ni otro hermano que la

prefiriese , en cuyo defecto entra la hembra mayor primogenita à subceder legitimamente.

157 Aunque no podemos dexar de hazer reflexion en lo que dexamos probado , y fundado en el primer medio de esta defensa , à num. 11. & seqq. que es, que el verdadero conocimiento, de que en esta casa se avia subcedido de mayor en mayor , por todos los primogenitos , y de inmemorial tiempo , obligò , no solo à que lo confessasse Miguel Ruiz de Yurreamendi , segundo posseedor que fue de estos bienes , como hijo secundogenito de su Fundador Juan Ruiz de Yurreamendi , Num. 1. sino tambien, à que lo articulasse , y probáise judicialmente en el pleyto de hidalgia, en quo se estimò la antiguedad de esta Casa por noble , y de mayoria , y en que como tal por él , por su padre , su abuelo , y los demás sus mayores , y passados , se avia subcedido , y subcedia. Y así mesmo lo confessò en la mayor , y mas principal parte de dichos bienes el mismo Juan Ruiz de Yurreamendi , Num. 1. Fundador , como queda dicho *supr. num. 42.*

158 Y que tambien su hijo del dicho Miguel , que fue Juan Ruiz de Yurreamendi , Num. 7. confessò lo mismo , diciendo, que era posseedor de el Mayorazgo *antiguo* de la *Casa Solar* , *Torre* , y *Palacio de Yurreamendi* , en *Guipuzcoa*; Con que el propio conocimiento de ser esto assi , le obligò à confessarlo por cierto , pues no podía ser Mayorazgo antiguo , el que le avia fundado su abuelo , Num. 1.

159 Respecto de lo referido debemos tener por cierto , que no queda recurso , ni medio à los contrarios para fundar la demanda de tenuta , que han propuesto à este Mayorazgo ; y aunque la sutileza de sus Abogados quiera passar à discurrir , que aviendo tanto tiempo como desde el año de 27. acà , que ha estado la linea de Gaspar de Yurreamendi , Num. 8. en la possession de vnos , y otros bienes , que vacò por muerte de Don Gaspar Phelipe de Yurreamendi , tienen adquirido derecho para mantenerse en ellos , pretendiendo fundar para este intento , que el tiempo les ha prescripto yà la forma de subceder en ellos , en conformidad de la fundacion que el dicho Juan Ruiz de Yurreamendi ; y Doña Elena de Burgos su muger fizieron.

160 No obstante esta oposicion , y difugio es desestimable por muchos medios. El primero , porque aunque es verdad , que à Don Juan de Ysasaga se le citò para la possession , que se le diò à Gaspar de Yurreamendi , Num. 8. y el dicho Don Juan no se opuso , antes bien parece que consintió en que se le diese la dicha pos-

possession à Gaspar, no pudo perjudicar este consentimiento, ni citacion à Doña Maria su muger, y sobrina de el dicho Don Gaspar, y mucho menos le pudo dañar à su hijo la dicha citacion, y consentimiento, ni à otro algun subcessor legitimo de el Mayorazgo antiguo, ni aun de el mismo, que presentò el dicho Don Gaspar, al tiempo de tomar la possession.

161 Lo primero, porque esta citacion debió ser à el verdadero subcessor, y civil natural poseedor, à quien se tratava de perjudicar en ello, y siendolo, como lo era Doña Maria, Num. 9. por lo que mirava à el Mayorazgo antiguo, y su hijo por lo que tocava, assi à este, como à el moderno, respecto de lo que queda fundado, y probado en este informe en derecho; era necesario, que fuesen citados ellos mismos, y noticiados expresamente de su derecho, sin que el dicho Don Juan, como su marido, y padre de los susodichos, pudiesse suplir esta juridica formalidad, ni perjudicarles con su consentimiento.

162 *Cum citandus semper ille sit, qui ex actu lœdi potest. leg. 31. ff. de adoption. leg. 29. §. vlt. ff. de minorib. Castill. de Bobadill. in polit. lib. 2. cap. 21. num. 255. Giurb. conf. 67. num. 15. & 16. D. Lar. alleg. 109. & passim DD. Porque alias la possession es nula conforme à derecho, vt per leg. vlt. Cod. si per vim, vel alio modo, traddit Castill. lib. 3. controv. cap. 24 num. 70. Postheo de manuten. observ. 21. num. 35. D. Larrea decis. 1. num. 9.*

163 Y por esto se suelen dàr ordinariamente semejante genero de possessions con la clausula de *sin perjuicio de tercero*, como se hizo entonces, segun consta de el pleyto, la qual como funda el señor Larrea, y Parlador. lib. 2. quotidian. cap. 6. num. 1. *facit possessionem conditionalem, minimèque præiudicium infert, & in simplicem citationem huiusmodi possessio convertitur, leg. Qui absenti 33. §. 1. ff. de acquirend. posses. D. Larrea decis. 6. num. 9. & decis. 58. num. 13. D. Valençuel. consil 6. quasi per tot. Roxas de incompatib. 5. part. cap. 5. à num. 3. & seqq.*

164 Mayormente, porque si se le huviesse citado personalmente, y se la huviesse noticiado por su marido de lo que avia passado, y dichosa como su tio se avia entrado en el Mayorazgo, en fuerça de la fundacion moderna, y no de la costumbre inmemorial con que se avia subcedido, es lo verosimil, y natural, que lo huviese contradicho, por ser claro, segun lo que queda fundado, que su visabuelo Juan Ruiz de Yurreamendi, Num. 1. no avia podido alterar el Mayorazgo antiguo, ni la costumbre en que se avia subcedido, por no aver tenido facultad para ello.

165 Con que no la podia perjudicar à su derecho , *imo potius*  
ella podia impedir à su tio el que se entrasse en los bienes referi-  
dos , ita in termin. Argel. de legitim. contradictere , quest. 10. artic. 22.  
à num. 277. cum seqq. Rot. decis. 183. à num. 1. vbsque ad 7. & decis.  
360. à num. 1. in recentiorib. Noguer. allegat. 25. num. 13. vbi hanc  
conclusionem comprobant, dicens : *Quod contradictor virtute antiqui*  
*fideicommissi, impedit possessionem novo fideicommissario, ex defectu potesta-*  
*tis instituentis novum fideicommissum , quia non potuit illud instituere in*  
*præiuditum comprehensorum in antiquo fideicommisso.*

166 Lo segundo, porque es cierto, y consta de los autos, que  
ni Doña Maria, ni su hijo tuvieron noticia de lo referido, y era ne-  
cessario, que se huviese probado en contrario, que avian sabido lo  
que su padre, y marido avia executado, porque en duda siempre  
se presume, que lo ignoraron, vt in conclusione tenet Seraphin.  
decis. 916. num. 9. & 10. Mandel. conf. 18. per tot. Cabaler. decis. 151.  
per tot. Costa de facti. scient. & ignorant. inspect. 80. & seqq. Jacob. Me-  
noch. de arbitrar. lib. 2. centur. 2. cas. 161. à num. 1. Mieres de maioratib.  
3. part. quest. 6. num. 81. Marc. Anton. Sabel. in repertor. sum. diversor.  
tractat. lit. S. §. Scientia, num. 1. tom. 4. & tom. 2. §. Ignorantia à nu-  
mer. 1.

167 Lo tercero, porque no solo era preciso, lo que antece-  
dente mente queda propuesto, sino tambion que interviniendo su  
citacion personal, y con noticia formal de su derecho, concurries-  
sen ella, y su hijo con assistencia, è intervencion de su marido, y pa-  
dre à dar el dicho consentimiento , *cum scientia non inducatur absque*  
*certioratione omnium qualitatum , Gracian. discept. for. cap. 633. num. 22.*  
Cabaler. decis. 151. Durand. decis. 426. Sabel. vbi supr. tom. 4. §. Scien-  
tia, num. 4.

168 Y de otro modo nunca podia perjudicar , ni ser de nin-  
gun efecto aun para ellos mismos , assi porque *nemo præsumitur renun-*  
*tiare iuri , quod ignorat , aut sibi dubitat competere , leg. Mater decedens*  
191. versic. *Nec enim , ff. de inoficios. testam. vbi Bartol. leg. fin. Cod.*  
*de iuris , & fact. ignorant. leg. fin. Cod. de furtis , leg. Nemo fraudare , ff. de*  
*regul. iur. & ex alijs iurib. tenet Nicol. Garcia de benefic. part. 11. cap. 5.*  
*num. 70. Surd. decis. 185. Franchis decis. 84. D. Solörçan. de iure Indiar.*  
tom. 2. lib. 2. cap. 18. num. 21. Mieres de maioratib. 4. part. quest. 2. à num.  
99. Roxas de incompatib. part. 7. cap. 4. num. 33. vbi plures.

169 Como porque quando peccatur in forma secundum quam de-  
bet intervenire consensus , non sufficit consensus , ita est doctrina Bald.  
in leg. Observare, §. fin. ff. de offic. Proconsul. & ex alijs iuribus, & DD.  
Mieres de maioratib. 4. part. quest. 2. num. 67.

170 Lo quarto , porque aunque todo lo aqui expressado se huviesse executado para este consentimiento , como se requeria por derecho, tampoco podia perjudicar , sino es à los mismos que le avian dado , y durante el tiempo que vivieron ; pero no à los verdaderos subcessores en el Mayorazgo , como lo es Don Juan de Ysafaga , por las razones , y doctrinas en el discurso de este informe expressadas; de tal suerte, que aunque en fuerça de el dicho consentimiento, se huviesse dado sentencia difinitiva en el pleyto, tenia el legitimo subcessor ileso su derecho.

171 Lo vno , porque el hecho ageno no puede perjudicar à tercero : *Cum nemo ex alieno facto debeat prægravari, nec factum unius nocere debet alteri, qui non intervenit in ipso facto, ex leg. Si quis in suo, §. Legis, Cod. de inoffic. testamen. leg. In causa, ff. de Procuratorib. leg. Si unus, §. Ante omnia, ff. de pactis, leg. De pupilo, §. Si plurium, ff. de novi. oper. nuntiat. leg. Non debet, ff. de regul. iur. Leg. Pater fam. ff. de hereditib. instituend. cum vulgatis.*

172 Y lo otro, porque el consentimiento de el antecesor , ni aun la expressa renunciacion de su derecho , no puede perjudicar, ni perjudica à el legitimo subcessor de los bienes, que funda su derecho en el propio llamamiento, y no es dependiente de aquel, que renunciò , sino es de el Fundador , que vinculò los bienes , u de la costumbre, que prescriviò la forma en que avian de posleerse.

173 Como en estos mismos terminos , cum pluribus comprobat Mieres de maiorat. 4. part. quest. 15. num. 91. & seqq. & signanter à num. 109. & 3. part. quest. 18. num. 10. & 13. & 1. part. quest. 21. num. 81. & 84. & ex D. Thom. lib. 1. num. 10. leg. 3. ff. de interdict. & relegat. & alijs iuribus , & DD. tenet idem Mieres 4. part. quest. 4. illat. 8. quasi per tot. & præcipue à num. 317. & seqq. cum alijs Noguerol. allegat. 25. num. 326. vbi : *Quod sicut possessor non potest suo facto præiudicare successoribus, ita nec recognoscendo aliquam consanguineum potest facere eum capacem successionis;* Y que esta sea firmissima, y segura opinion , lo sienta Grato en el conf. 62. de el lib. 2. y en el conf. 158. en el num. 7. y en el conf. 140. num. 44. lib. 2. quia non subceditur in Majoratibus ultimo possessori , sed fundatori. D. Molin. de Hisp. Primog. lib. 2. cap. 4. num. 5. & 6. Paz de Tenut. cap. 59. num. 190. Add. ad D. Molin. vbi supr. num. 5. & 6.

174 De cuyas reglas proviene el que el hecho de el antecesor en el Mayorazgo, no puede perjudicar al verdadero subcessor; y assi que este aya tenido omission, yà, en no intentar, ò no proseguir su derecho, ò yà en declarar , que otro que no sea el verdadero, es el subcessor en el Mayorazgo, que posseyò, no perjudica à el que

42

que verdaderamente debe subceder en los bienes de mayoria , segun es comun en todos los AA.y doctrinas, que latamente fundan la conclusion referida , y queda fundado en el numero antecedente.

175 Y tambien se deduce de los mismos fundamentos , que no puede dañarles à los verdaderos subcessores ningun transcurso de tiempo, para que otro, que no lo es, ni ha sido en su perjuzio, pueda prescrivirles el derecho referido : porque demas de que en los Mayorazgos no puede correr el derecho activo , ni passivo de las prescripciones , que solo se introduxo , para asegurar el dominio, y que huviese alguna forma de hazerle cierto , y quitar todo genero de pleitos , vt pluribus DD. comprobat Paz Jordan. *tucubrat. volum. 3. lib. 14. tit. 24. num. 9. fol. 476.* Vivio comun. opion. 626. Oinot. *inst. de usucacion. num. 69. fol. 132.* Marc. Anton. Sabel. *in repert. sum. diversor. tractat. lit. P. §. præscriptio, num. 2. vbi: Quod præscriptio fuit ob bonum publicum inducta, ne dominia rerum semper sint in incerto,* & *ut aliquis sit litium finis: quia effectus principalis præscriptionis est transferre dominium de uno in alium.*

176 Es cierto , que ni en el posseedor de el Mayorazgo se puede considerar dominio perfecto ; porque *quambis quasi dominus censeatur*, solamente se reputa por vn mero usufructuario , ni tampoco,aunque passe mucho tiempo, puede perjudicar à el que viene por propio derecho de substitucion,y llamamiento, y esta es la razon en que se fundan todos los DD. para que ni en los bienes de el Mayorazgo,ni contra su verdadero subcessor,se pueda aprovechar ningun tercero,de la excepcion de prescripcion,todas las veces que consta de la fundacion , ù de la forma de subceder, que no son libres,y que de ellos no se puede disponer, por averse vinculado,y averse subedido en dicha forma por los posseedores,que los han tenido.

177 Demas , de que en lo comun , y general de las prescripciones, basta para que se interrumpa , y que no pueda aprovechar la excepcion de prescripcion, el que aya avido en el tiempo de la possession algun motivo, causa, ò impedimento , para que no aya podido interrumpirla la persona contra quien se intenta , que aya corrido el tiempo de la prescripcion,como lo es la causa de ausencia,la de ignorancia,la de menor edad, y otras semejantes , por las cuales, *etiam*, que aya corrido el tiempo que està preñido por derecho , para que la prescripcion pueda causarse , *ope restitutionis*, se les dà el recurso à los interessados, para que puedan intentar el remedio de que no les pueda perjudicar.

Afisi

178 Assi lo aseguran , y prueban Gracian. *discept. forens. cap.*  
*403. num. 35. Magon. decis. Lucens. 59. per tot. & decis. 95. num. 10. Du-*  
*rand. decis. 426. à num. 6. Paz. Jordan. lucubrat. volum. 3. lib. 14. tit. 24. à*  
*num. 473. & seqq. Celius Bichius decis. 30. à num. 20. & seqq. Marc,*  
*Ant. Sabel. tom. 3. sum. diversor. tractat. lit. P. §. Præscriptio à num. 27. fol.*  
*350. qui dat alios. Y assi en caso necesario , y ex abundanti , segun*  
*consta del pleyto , se pidiò por Don Juan el beneficio , y remedio*  
*de la restitucion , ex cap. Ignorantiae , ó como mas huyesse lugar de*  
*derecho , contra qualquiera omission que sus antecesores huyies-*  
*sen tenido en razon de esto.*

179 Luego con mucha mas razon debia , y debe proceder  
esta regla , doctrina , y opinion en lo particular de este caso : pues  
sobre la ignorancia en Don Juan de Ysasaga , y en Doña Maria de  
Yurreamendi su muger , y en la menor edad de su hijo Don Bue-  
naventura de Ysasaga , y en la ausencia de estos dos , con su resi-  
dencia en Yndias : y sobre la mala fee continuada que ha tenido  
siempre desde Gaspar, *Num. 8.* la linea de sus descendientes , intro-  
duciendose en la possession de bienes que han sabido , y saben , no  
les pueden pertenecer , ni pertenecen , ni antigua , ni modernamen-  
te , tanto por las repetidas confessiones de todos sus antecesores ,  
como por la dicha executoria de hidalgia , que han tenido , y tie-  
nen en su poder .

180 Concurre tambien la ignorancia de Don Juan de  
Ysasaga , que oy litiga , y que ansimismo desde que naciò , se ha  
mantenido en Yndias , ignorando la naturaleza , y calidad de este  
Mayorazgo , y el modo de introducirse , y averse introducido la  
linea de los que hasta aora le han disfrutado , y se pudiera estar  
assi muchos años , si no huviera venido à estos Reynos Doña  
Constanca de Ysasaga su hermana , y retiradose à su patria , y muer-  
to Don Gaspar Phelipe de Yurreamendi , que le posseia à este  
tiempo , y inquirido , y averiguado la susodicha , con esta ocasion ,  
por què razon lo posseia , y en virtud de què se avia mantenido  
en la possession , siendo vn Mayorazgo tan antiguo , y Don Juan  
descendiente mayor de el primogenito de esta Casa , que legitima-  
mente le posseyò de inmemorial tiempo ; como se probò por Mi-  
guel de Yurreamendi su tercer abuelo , *Num. 3.*

181 Con que aviendose , como se ha calificado , segun lo dis-  
currido , y fundado en este papel en derecho , que este Mayorazgo  
de la Casa , Torre , ó Palacio de Yurreamendi , con sus bienes , ren-  
tas , diezmos , Patronato , è Iglesia , es inmemorial , y que se debe  
subceder en él en forma regular , y que no se pudo mudar su natu-  
raleza por la fundacion de el año de 1543. por Juan Ruiz de Yur-  
reamendi , ni por Doña Elena de Burgos su muger ; porque assi es-  
te , como porque Miguel su hijo , *Num. 3.* y Juan Ruiz de Yurrea-

mendi, Num. 7. su nieto, todos confessaron avian subcedido, y poseeido este Mayorazgo de inmemorial tiempo, como le avian tenido los demás sus mayores, y passados, confeillando vnos, y otros ser antiguo, y teniendo vnos, y otros instrumentos que lo estan convenciendo, como lo son la executoria, y los demás que se han presentado en el pleyto, como queda dicho en este informe en derecho.

182 Y que demás à mas no tuvo el dicho Juan Ruiz de Yurreamendi facultad para poderlo alterar, ni mudar su forma regular, y que su muger quiso que en lo respectivo à los bienes, que aumentò, y agregò al Mayorazgo referido, se observasse lo mismo, que su marido avia querido: Y por ultimo, que uno, y otro en la fundacion que se hizo, segun los casos que figuraron, y las providencias, que dieron à cada caso, siempre miraron, y atendieron à la linea de el primogneito, para que subcediesen los varones, y las hembras, que de ella procediesen con especial afecto, y predilección à la hembra mayor, y à su descendiente varon, sin que pudiesse entrar, ni otra hembra, ni otro varon de linea secundogenita, ni inferior.

183 Y que siendo, como es Don Juan de Ysafaga, descendiente varon de varon de la hembra mayor de la linea primogenita, y superior, no le puede competir, ni otra hembra, ni otro varon, que provenga tambien de hembra de linea inferior, como lo son Doña Ysabel Maria, y Don Joseph Joachin de Zavala, y cuya linea hasta aora, ni ha tenido, ni puede tener legitima entrada: porque Don Gaspar su abuelo, y visabuelo respectivè, Num. 8. no pudo introducirse en la possección de este Mayorazgo, respecto de que entonces, y aora tenian llamamiento claro Doña Maria de Yurreamendi, Num. 9. y Don Buenaventura de Ysafaga su hijo, no solo al Mayorazgo antiguo, sino tambien à los demás bienes, que se aumentaron, agregaron, e incorporaron en él, por Juan Ruiz de Yurreamendi, y su muger el dicho año de 1543. como queda demostrado, y comprobado.

184 Es sin duda claro el que se le aya de dàr la actual possección, y tenuta, no solo de los bienes de el Mayorazgo antiguo, su Casa, Torre, y Palacio, Diezmos, y Patronato, con su termino redondo, y demás pertenecidos, sino tambien de todos los que comprehendieron, expresaron, y aumentaron en la dicha fundacion, y en las dichas sus disposiciones el dicho Juan Ruiz de Yurreamendi, Num. 1. y su muger; y assi lo espera. *Salva in omnibus. J. S. D. D. C.*

Lic. D. Andrès Gonçalez

de Barcia.

Lic. D. Thomàs Fernandez

de la Torre.







