

# ADICION

AL INFORME DADO

40

## P O R

DOÑA ANA MARIA DE ZV-  
biaur, viuda de Don Iuan de Olaya-  
val, vezina de la Vniversidad  
de Irun, num. 9.

## C O N

DON PEDRO IGNACIO DE  
Atorrasagasti, vezino de la Villa de  
Hernani, num. 12.

## Y C O N

DOÑA MARIA DE ATORRASAGASTI,  
numer. 11.

**M**OTIVAN esta adiccion el informe dado por Don Pedro Ignacio, y la oposicion hecha en esta instancia por Doña Maria de Atorrasagasti: Y aunque à vna, y otra pretension juzgamos estar respondido en nuestra corta alegacion, *in qua cura fuit causam potius implere, quam paginam, vt ex Claudiano testatur Sidonius Apollinar. lib. 4. Epist. 33.* no obstante, siendo la controversia presente

A

tan



tan grave, como sutil, y tal que: *Et si millies sit responsum à nostris necessarium tamen, & otile est, etiam que scripta sunt scribere; ne leve existimetur, quod non frequenter arguitur*, como aconseja San Prospero *in Epistol. ad Augustin. de reliq. Pelagian.* Hemos juzgado por precisa esta adición, valiendonos de la disculpa que notò Salvian. *lib. i. de Provid. Dei*, ibi: *Quamvis ut reor, non mediocriter iam probaverimus, que proposuimus, sed addamus tamen, si placet quidpiam, quia melius est plus probare aliquid, quam necesse est, quam minus forsitam, quam negotijs debeat.*

2 Y para que con la brevedad, que deseamos se cumpla con el instituto, dividiremos esta adición en dos partes: En la primera, se responderà al informe de Don Pedro Ignacio, que se nos ha mandado comunicar: Y en la segunda, se probarà la exclusion de Doña Maria de Atorrasagasti, y que el Mayorazgo litigioso es de segunda genitura, real, y lineal.

## PRIMERA PARTE.

3 Una question sola se ofreció en la instancia de vista; porque solo litigava esta parte con vn contendor, que era Don Pedro Ignacio: Pero en esta instancia, aviendo salido otro opositor, que es Doña Maria, se han duplicado las questions. Controvirtióse solo en la instancia de vista, si el Mayorazgo de Zubiaur, litigioso, fundado por Doña Maria de Zurco y Aramburu, era regular, ò de segunda genitura; y estimóse ser irregular, y tocar à esta parte; con cuya noticia Doña Maria de Atorrasagasti, juzgando hallarse con la qualidad de segunda, ha salido en esta instancia, excitando otra question, y supuesto, que el Mayorazgo sea de segunda genitura; pretende se estime, que la exclusion de los primogenitos sea personal: Por lo qual, siendo la pretension de esta par-



parte contra Don Pedro, el supuesto para la que tiene contra Doña Maria, se hará patente el supuesto, antes respondiendo al informe de Don Pedro Ignacio, para que despues sea mas facil satisfacer à Doña Maria.

4 En nuestra primera alegacion, que se compendio en 75. numeros: Probamos por tres medios, que el Mayorazgo litigioso es de segunda genitura; y aunque juzga nuestra cortedad respondido en ella, lo que con mas elegancia, y difusion fundò el Abogado contrario en 261. numeros, de que se compone la suya, se hará mas patente la respuesta, siguiendo su mismo methodo.

5 Convenimos en el hecho el Abogado contrario en su alegacion; hasta el num. 24. y la nuestra hasta el num. 14. y convenimos tambien, en que Don Pedro Ignacio tiene à su favor la linea, y las reglas de los Mayorazgos regulares; y lo que mas es, las palabras de la Fundadora, conque no ay que responder à lo que se pondera en la alegacion contraria, hasta el num. 62. pues en èl confiesa, y funda el Abogado contrario, que siendo el Mayorazgo irregular, ò de qualidad, cessando las referidas reglas, y solo se debe atender à la voluntad de la Fundadora, como se prueba en nuestra alegacion, num. 20. cum seqq.

6 Tambien convenimos en lo que dize el Abogado contrario en el numer. 69. que la pretension de esta parte se reduce à vn syllogismo; nempè, este Mayorazgo es de segunda genitura, en que no pueden suceder los primogenitos; Don Pedro Ignacio es primogenito: Ergò, no puede suceder.

7 Passa à probar la menor, y la consecuencia hasta el numer. 88. y juzgando en nuestra alegacion por ocioso este trabajo, pues la menor la demuestra el Arbol, y la consecuencia es legitima: solo pusimos el cuydado en probar la mayor, por los tres medios que propusimos à num. 25.

Def-



8 Desde el numer. 86. propone el Abogado contrario, si el Mayorazgo litigioso es, ò no de segunda genitura; pero hasta el numer. 118. solo propone las reglas generales, que hazen à favor de el primogenito, todas las quales confessamos por ciertas, y proceden en los Mayorazgos regulares, *ut notavimus in nostra 1. allegat. à numer. 14.* pero no en los Mayorazgos irregulares, como reconoce el Abogado contrario en su alegacion *numer. 63.*

9 Desde el numer. 119. hasta el 136. propone, el que no ay literal exclusion de el primogenito, lo qual es superfluo el fundar, pues como se descubre en nuestra alegacion al *numer. 21.* nunca se empenò esta parte, en que su llamamiento era literal, si solo conjetural, y conforme à la mente, y voluntad de la Fundadora, segun la legal, y genuina interpretacion de las clausulas, y circunstancias de la fundacion; conque hasta el *num. 137.* no hemos hallado en la alegacion contraria punto alguno, en que sea precisa la satisfacion.

10 Desde el numer. 137. intenta probar, que no ay conjeturas por donde se infiera ser este Mayorazgo de segunda genitura, y se haze cargo de parte de la primera conjetura, que ponderamos en nuestro primer informe, à *numer. 25.* que es el aver llamado à las hijas segundas, y propuesto à las primeras, citando en nuestro favor à Roxas *1. part. de incompatibil. cap. 8. numer. 38.* Y prosigue ponderado este lugar de Roxas; mas como este mismo lugar le pusimos por razon de dudar en nuestra *1. allegat. en el numer. 26.* tambien es ocioso el repetir la satisfacion, solo por lo que mira à aver usado el testador de el nombre proprio, y no de el apelativo, que esto que empieza à ponderar el Abogado contrario, à *num. 84.* porque lo que pondera desde el *num. 161.* de aver empezado el testador en el caso, que trae Roxas los llamamientos por el segundo genito; omitidos el primero, y el tercero, no es adaptable al caso que se controvierte en este



3

este pleyto, y menos lo es la paraphrastica interpreta-  
cion, que tan difusamente haze à la Ley *omnia 32. aliàs*  
*cum ita 33. §. 2. ff. de legat. 2.*

11 Porque en el caso de este pleyto, no hubo  
omision de ningun hijo, antes bien à todos les diò la tes-  
tadora providamente llamamiento, anteponiendo en  
todos los que formò, y concibiò en su idea à los secun-  
dogenitos, sin permitir la inclusion de los primogenitos,  
sino es solo à falta de las inferiores lineas, y en el caso  
preciso de no aver otro que pudiesse suceder.

12 De este concepto de la voluntad de la tes-  
tadora, que se deduce, no solo de aver empezado los lla-  
mamientos por la hija segunda, sino es tambien por  
averlos repetido con enixa, y geminada voluntad, co-  
mo tambien de no aver permitido la succession de las  
primogenitas, sino es en el vnico caso, que concibiò, de  
no aver segundas, que succediessen; formando esta dis-  
creta voluntad por aver contemplado à las primogeni-  
tas con otro Mayorazgo de mas renta, y de mas antigüe-  
dad; en cuyo concurso se avia de obscurecer el Nom-  
bre, y Casa de Zubiaur, y el Mayorazgo, que nueva-  
mente fundava; cuyas conjeturas, y fundamentos pro-  
pusimos en nuestro primer informe, y estimaron los se-  
ñores Juezes en la instancia de vista, y escusamos repe-  
tirlos; no se haze cargo en su informe el Abogado con-  
trario, y solo passa à ponderar desde el numer. 191. las  
clausulas vltimas, en que previene, que los hijos de cada  
vno de los llamados ayan de succeder por mayorio, pre-  
cediendo el varon à la hembra: *Et ut uno verbo dicam*  
*regularmente.*

13 Estas clausulas, que manifiestan el dere-  
cho de esta parte contra Doña Maria de Atorrasagasti,  
que se ha opuesto en esta instancia, no la pueden ofen-  
der à Doña Ana Maria, ni favorecer à Don Pedro Igna-  
cio; ponderaràse en la segunda parte, como por ellas se  
induce vna exclusion real, y lineal de los primogenitos;

B

Y



y aora solo se tocará el que no contradizen el concepto de segunda genitura.

14 Porque estas clausulas, como posteriores à las demàs, solo influyén en las primeras en aquello, en que no puede resultar contradiccion, ni absurdo. Leg. 3. §. *filii inter med.* ff. de liber. & posth. Leg. *calis scriptur.* 30. §. *ult.* ff. de legat. 1. Leg. *fin.* ff. de reb. dub. Leg. 1. Cod. de lib. praterit. D. Molin. lib. 1. de Hispan. primogen. cap. 13. numer. 99. D. Castill. lib. 4. controvert. cap. 50. à numer. 53. D. Uela *dissert.* 33. num. 58. & *dissert.* 43. numer. 36. & *dissert.* 49. num. 30.

15 Y respecto, de que todos los llamamientos anteriores, eran de hijas, y nietas segundas, llamando en estas vltimas à los hijos primogenitos, es preciso, que para evitar la contrariedad, y oposicion, como nos aconsejan las Leyes. Leg. 1. §. *nulla*, Cod. de vet. iur. erucl. & observat Roxas de *Incompatib. maiorat.* 4. part. cap. 5. à numer. 3. se ayan de interpretar estas clausulas en los casos, y con las circunstancias, que previno cuydadosamente la Fundadora.

16 No dixo esta absolutamente, que succediessen los hijos mayores, sino es, que los hijos de los llamados succediessen por mayoria; ò regularmente, de que precisamente se infiere, que solo tendrá lugar la mayoria, quando el hijo, que se funda en esta qualidad, probare el llamamiento de su padre; y esto es calificar este Mayorazgo de segunda genitura, porque en los Mayorazgos regulares, y de primera genitura, el mayor funda de derecho, sin necessitar llamamiento de su padre, *vt cognoscit advocatus contrarius*, à num. 90.

17 Lo qual no se observa en los Mayorazgos de segunda genitura, porque primero es la inclusion del padre, y despues se observa la mayoria entre sus hijos, succediendose entre ellos por las reglas de los regulares Mayorazgos, *vt docet Mier. de Maioratib.* 2. part. *quast.* 4. *illat.* 8. num. 334. *ibi: Et quod maioratus constitutus in*

se-



*secundogenito, reguletur, sicut in primogenito. D. Castell. lib. 5. controvers. cap. 178. à numer. 10. Aguil. ad Rox. 1. part. cap. 8. numer. 30. ibi: Et observa, quod maioratus in secundogenito constitutus, eodem modo regulari debet ad successionem, quo maioratus in primogenito institutus.*

18 Por cuyos principios, que son elementales en materias de Mayorazgo, no dudamos, que si Doña Isabel de Astigar y Zubiaur, huviera conservado la qualidad de secundogenita, que fue la que amò la Fundadora, y en cuyo concepto la aplicò el segundo llamamiento, ponderava justa, y legalmente à su favor estas clausulas Don Pedro Ignacio, como varon, y hijo de varon mayor contra Doña Maria de Atorrasagasti, que aunque hija de la misma Doña Isabel, era hembra, y menor.

19 Pero despues que por muerte de Doña Theresa de Astigar, nieta primogenita de la Fundadora, se subintrò en la primogenitura Doña Isabel, y perdièdo el nombre de secundogenita, la faltò la qualidad que amò, y siguiò la Testadora para llamarla, le importa poco à Don Pedro Ignacio el ser nieta varon, y mayor de Doña Isabel de Astigar, porq̄ no es hijo, ni descendiente de la que se halla llamada en el caso presente, en el qual à averle prevenido la Testadora, conforme se deduce de sus clausulas, no huviera llamado à Doña Isabel. *Leg. cum quidam 24. ff. de legat. 2. Leg. statu liber. 11. ff. eod. Leg. hæredes mei 57. §. peto de te, ff. ad Trebell. Faber. de error. pragm. decad. 54. error. 1. cum seqq.*

20 Explicase mas este argumento, si se finge la hypotesi de que Doña Theresa de Astigar, hija primogenita huviesse sobrevivido, y dexado vn hijo varon, que litigasse con Don Pedro Ignacio, nieta de Doña Isabel, y alegasse en su favor las clausulas referidas, y la mayoría, que alega Don Pedro; quien podrá dudar, que en este caso no le aprovechavan, ni las clausulas, ni la mayoría, porque su madre Doña Theresa, no se hallava  
lla-



llamada à la successión, en el interin que huviesse descendientes de sus hermanas menores, porque obstava, y resistia al hijo de Doña Theresa la expresa voluntad de la Testadora.

21 Pues cotexada esta hypotesi con el caso presente, y que ocurre, en que Doña Isabel de Astigar, representa à Doña Theresa, segun se hallavan al tiempo de el testamento, no podrá valerse Don Pedro Ignacio contra Doña Ana Maria, ni de la mayoria, ni de las clausulas, porque siendo descendiente de la primogenita, no es hijo de la que en el caso presente tiene llamamiento.

22 Desde el numer. 201. se haze cargo el Abogado contrario de el lugar de Roxas *i. part. cap. 8. à numer. 33.* que citamos en nuestro informe, numer. 34. en que concibe este Autor voluntad de fundar vn Mayorazgo de segunda genitura, siempre que empezò el Fundador los llamamientos por el hijo segundo, por aver previsto que el primogenito tenia, ò esperaba la successión de otro Mayorazgo; y aunque dize, que con facilidad se desembaraza la parte contraria de esta objecion; es la respuesta, que se dà à ella la mas indisoluble instancia.

23 Porque desde el numer. 210. advierte el Abogado contrario, son dos las questiones que se ofrecen, que son las que propusimos en el principio de este replicato. La primera, si el Mayorazgo es de segunda genitura, ò no. La segunda, si la secundogenitura, es real, ò personal. La primera, es con Don Pedro Ignacio. La segunda, con Doña Maria de Atorrasagasti, y con este supuesto prueba, que el Roxas en el lugar citado, solo resuelve la segunda question; *nempè*, que si vn Fundador previo al primogenito con otro Mayorazgo, y empezò los llamamientos por el segundo, resulta vn Mayorazgo de segunda genitura, lineal, y real, de que infiere que esta doctrina de Roxas, se podrá adaptar para excluir



cluír à Doña Maria de Atorrafagasti; pero no contra D. Pedro Ignacio, que solo se le puede excluir, probando ser este Mayorazgo de segunda genitura.

24 Pero de esta respuesta, *vt dixi* nace la instancia indisoluble, porque *si qualitas sine subiecto stare non potest* Leg. 4. ff. de act. empt. Leg. fin. ff. de collat. bonor. Leg. nullam, §. si absentis, ff. de pet. heredit. Leg. Pomponius, §. fin. ff. de acquir. heredit. §. ideo autem inst. de seruit. Gomez in Leg. 17. Taur. numer. 19. D. Castell. lib. 5. controvers. capit. 168. à numer. 50. como se podrá considerar vn Mayorazgo de segunda genitura, lineal, y real, sin que se considere ser de segunda genitura.

25 Luego se infiere precisamente, que si vn Fundador, conociendo que el primogenito era invariable successor de vn Mayorazgo empezó à llamar para succeder en el que fundava por el segundogenito, fundò vn Mayorazgo de segunda genitura, lineal, y real, no pudo menos de fundar Mayorazgo de segunda genitura.

26 Porque la segunda genitura es presupuesto, y que sea real, ò personal, es qualidad, ò disposicion: *Et ubi presuppositum deficit, dispositio locum non habet.* D. Castell. lib. 5. controvers. capit. 83. D. Salgad. 1. part. Labyrinth. cap. 32. §. 3. part. cap. 1. numer. 89. §. de Reg. protect. 1. part. capit. 1. pralud. 3. numer. 96. §. capit. 16. numer. 63. D. Uela dissertat. 7. numer. 3. §. dissertat. 45. numer. 84.

27 Y aviendo manifestado en nuestro primer informe, el que Doña Maria de Zurco Fundadora, tuvo presente, el que Doña Ana de Zubiaur, y Doña Theresa de Astigar su hija, y nieta primogenita esperaban la invariable succession de el Mayorazgo de Astigar, y que por este motivo, y no por odio, las pospuso en la succession de el Mayorazgo de Zubiaur: se prueba con Roxas en el lugar citado, que fundò Mayorazgo de segunda genitura, para excluir à Don Pedro Ignacio;



nacio; pues fundò Mayorazgo de segunda genitura, li-  
neal, y real para excluir à Doña Maria de Atorrasagasti.

28 Desde el num. 232. reconociendo el  
Abogado contrario, que el lugar de Roxas, assi por su  
Autoridad en la materia, que se controvierte, como  
por los textos, Autores, y doctrinas con que la funda,  
afiançan el mas seguro derecho en Doña Ana Maria de  
Zubiaur, intenta responderle, y disuadir, que el caso  
de Roxas sea identico con el que se controvierte: mas  
para que mas bien se aplique esta doctrina à nuestro ca-  
so, se cotexarian las circunstancias, para que se mani-  
feste ser vnas mismas.

29 Dize en el num. 233. que en el caso de  
Roxas fue llamado el segundogenito por el nombre  
apelativo; y en nuestro caso no, porque fue llamado  
el segundogenito con el nombre proprio; y aunque en  
nuestro primer Informe, num. 27. queda satisfecho este  
reparo, se responde; que aun esta circûstancia no se halla  
omitida en las breves Clausulas de nuestra fundacion:  
porque en la Clausula primera, despues de aver llama-  
do por su nombre proprio a Doña Maria de Zubiaur su  
hija, añadió: *Y si ella muriere sin hijos, quiero, que sucedan  
las hijas de Doña Ana de Zubiaur mi hija MAYOR*: y  
siendo correlativos el instituido con el substituido, y el  
primero llamado con el segundo, es preciso, que cor-  
ra, no solo la sustancia, sino es todas las qualidades, assi  
expresas, como tacitas, y que lo expreso en vno se di-  
ga expreso en otro, aunque este tacito en el correlati-  
vo: *Leg. fin. ff. de accept. Leg. fin. C. de indict. widuit.  
toll. Leg. Si quis ser vo, C. de furt. Leg. 1. C. de transact.  
Leg. 1. C. de cupras. lib. 11. Gonçalez in reg. 8. Chan-  
cell. gloss. 50. num. 12. Mario Anton. var. resol. lib. 3.  
res. 9. num. 2. & paria sunt aliquid nominatim exprimi,  
vel per relativum. Porisius consil. 122. num. 3. lib. 1. Cas-  
trensis cons. 81. lib. 1.*

30 Luego si en el llamamiento que hizo en  
se-



segundo lugar à las hijas de Doña Ana de Zubiaur añadiendo el nombre apelativo de hija mayor, fue para dar à entender, que el primer llamamiento, que avia hecho en Doña Ana Maria de Zubiaur, avia sido en la hija menor, y segunda, y que solo tuviese lugar la mayor substituida, quando faltasse la menor instituida.

En el num. 234. advierte el Abogado contrario otra diferencia, que fue, el que en el caso de Roxas estaban omitidos el primogenito, y terciogenito, lo que no sucede en nuestro caso, en que todas las hijas tienen los llamamientos expressos, y los hijos de Doña Isabel le tienen anterior à Doña Ana Maria, quien no puede competir con ellos: *Iuxta ea, que lato calamo scribit D. Castell. lib. 3. contro. v. cap. 15. à num. 21.*

Mas à esta diferencia tenemos respondido en nuestro primer Informe, en que se hizo manifesto, que el llamamiento de Doña Isabel de Zubiaur, y de sus hijos le hizo la Testadora en el concepto de ser segundogenita, y que no avia de suceder en el Mayorazgo de Astigar, cuyo caso se falsificò, pues antes que llegasse el de suceder en este Mayorazgo, avia premuerto Doña Teresa de Astigar su hermana mayor, y sucedido en el Mayorazgo de Astigar; por lo qual està tan lexos de tener llamamiento los hijos de Doña Isabel, que como los de Doña Teresa no podian esperar la sucesion, hasta estar evaquadas las lineas posteriores; assi tampoco oy los hijos de Doña Isabel las pueden pretender, como interpretando el lugar del Señor Castillo, diremos mas largamente, quando tratèmos mas largamente de la exclusion de Doña Maria de Atorrasagasti, añadiendo agora, que en materia de Mayorazgos, en que solo se atiende la voluntad, el que tiene à su favor la razon de la voluntad, prefiere al que tiene expreso literal llamamiento: *Quasi minus scriptum fuerit, quam dictum. Leg. Cum avus, ff. de cond. & dem. Leg. Generaliter, s. Cum autem, C. de inst. & subst. Leg. Cum accu-*  
tis.



*issimi*, C. de fideicom. D. Mol. lib. 1. de Hisp. Primogen. cap. 4. num. 19. D. Castell. 5. contr. cap. 93. §. 6. à num. 1. § cap. 154. à num. 38.

33 De aqui proviene el que no es ponderable, que en el caso, que propuso Roxas estuviessen omitidos el primogenito, y terciogenito, antes bien no obstante la omision, succedió el terciogenito; porque el aver llamado al primogenito, fue, por averle contemplado successor de otro Mayorazgo; y aunque es cierto, que en nuestro caso no hubo omision del primogenito, hubo expresa postergacion; y si el caso omitido fue bastante con la contemplacion de la succession de otro Mayorazgo, para anteponer al tercero; à fortiori, aviendo en nuestro caso la misma contemplacion, y expresa predileccion del tercero, y expresa postergacion del primero, obrará la contemplacion de la succession invariable de otro Mayorazgo, para la exclusion de el primogenito, ex identitate rationis, vt argumentatur D. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 25. in fin. ibi: *Sed nos ex verosimilimente testatoris non solum persona comprehensione ex verbis saltem generalibus, sed etiam extensionem ex virationis expressa, vel sub intellecta admittendam esse censemus.* Mascard. de probat. conclus. 1136. à numer. 8. Mancica de coniectur. vltim. volunt. lib. 3. tit. 19. numer. 8. Menoch. lib. 4. præsumpt. 73. num. 5. præsumpt. 65. per tot. Casanat. consil. 4. D. Castell. lib. 2. controu. capit. 22. à num. 95. § lib. 5. cap. 144. à num. 43. § cap. 181. à numer. 18.

34 Desde el num. 238. prosigue negando, el que la Fundadora concibiesse el que Doña Teresa de Astigar huviesse de succeder en el Mayorazgo de Astigar, pretendiendo con Roxas en el num. 242. y siguientes, el que este concepto de la futura succession de otro Mayorazgo se deduxesse de las mismas Clausulas de la fundacion; porque lo contrario se deduce de el lugar de Roxas; porque basta el que aliundè se infiera, que pu-  
do



do el Fundador moverse al llamamiento del segundo por la prescencia de la sucesion invariable de otro Mayorazgo en el primero: ita idem Roxas 1. part. capit. 33. ibi: *Quod institutor cognitum habuit, ac presciuit, & 7. part. cap. 6. num. 49. ibi: Et coniecturis deduci possit.*

35 Y ya en nuestro primer Informe recordamos conjeturas evidentes por donde se manifestó este concepto, y prescencia, de que Doña Teresa de Astigar avia de succeder en el Mayorazgo de Astigar, pues à sus hermanas las llamó con el apellido de Zubiaur, y à Doña Teresa con el de Astigar, cuya advertencia se halla corroborada en esta instancia de revista, en que despues de visto el pleyto, se ha presentado la fundacion del Mayorazgo de Astigar, que tiene preciso gravamen de el apellido de Astigar en los successores, y de habitar en la Casa de aquel apellido, todo ello contrario à el lustre, conservacion, y perpetua Memoria de la Casa, y Mayorazgo de Zubiaur, que tanto encomendò, y procurò conservar la fundacion por medio de sus descendientes segundogenitos.

36 Desde el num. 246. concluye su Informe el Abogado contrario, queriendo probar, que en qualquiera linea ha de preferir el hijo primogenito, desuerte, que aunque el primogenito succediese en el Mayorazgo de Astigar, como avia de acontecer precisamente en los hijos de Doña Teresa de Astigar, huviesse de succeder tambien este de Zubiaur.

37 A lo qual se responde, que este argumento prueba, que el Mayorazgo de Zubiaur, es de segunda genitura, lineal, y real, pero no personal: desuerte, que como se ponderarà en la segunda parte de este informe, solo se debe atender à conservar la linea segundogenita; pero si à falta de lineas posteriores, llegase el caso de radicarse en la linea primogenita, no dudamos, que entonces *ex necessitate*, y à mas no poder, como diximos en nuestro informe numer. 44. se vnic-



ran ambos Mayorazgos, porque la linea primogenita no se halla excluida, sino es pospuesta, y en el interin que à lineas inferiores, no llega el caso de questionarse en la primogenita la succession, si solo el que Don Pedro Ignacio es el mayor de la linea primogenita, es actual poseedor de el Mayorazgo de Astigar, se halla con el derecho, y circunstancias, conque contempió la Fundadora à Doña Theresa de Astigar; y todas las razones que movieron à la Fundadora para posponerla, militan en Don Pedro, y favorecen à Doña Ana Maria, que se halla expressamente llamada antes que la primogenita, ita ex D. Castell. 5. *controvers. cap. 18 l. num. 34. quam transcribit, sequiturque Roxas 1. part. cap. 8. numer. 38. ibi: Aut si in eadem dispositione iuri communi derogatum fuerit, prout in terminis ipsius precipui dubij huiusce capituli, quando scilicet primogenitus, aut existens in priori gradu exclusus fuit, & SECVNDOGENITVS, vel qui existit in remotiori gradu, vocatus, & praelatus est: Tunc namque ex quo in aliquo gradu, iam derogatum est iuri communi, & SECVNDOGENITVS, aut remotior praeferatur etiam alijs gradibus; repetitio, aut relatio concedenda erit; subsistente eadem ratione, etiam si derogetur iuri communi excludendo, scilicet primogenitos, aut proximiores, & admittendo secundogenitos, vel remotiores.*

## SEGUNDA PARTE.

38 En esta segunda parte, solo se trata de excluir à Doña Maria de Atortafagasti, que como demuestra el Arbol, aunque es de la linea primogenita, que formò Doña Isabel de Astigar su madre, por aver premuerto Doña Theresa su hermana, en el año de 674. es hija segunda, y no gozando el Mayorazgo de Astigar, pretende succeder en el de Zubiaur.

39 Para lo qual entra precisamente confes-

fan-



fando lo que hasta aqui hemos fundado: conviene à saber, que el Mayorazgo de Zubiaur es incõpatible con el de Astigar, y de segunda genitura: pero dize que no obstante debe succeder en èl, por las razones que latamente escriviò el señor D. Juan del Castillo *lib. 3. controvers. cap. 15. à numer. 21.* que se ponderò en Estrados por hallarse en este lugar, quanto se puede alegar por Doña Maria de Atorrasagasti.

40 Pero de este mismo lugar de el señor Castillo, se deduce la mas clara exclusion de Doña Maria de Atorrasagasti, para cuya mayor inteligencia es preciso hazer algunos supuestos, *tàm in iure, quàm in facto.*

41 Lo primero se supone, que quando la incompatibilidad se causa, porque el testador prohibiò el concurso de dos Mayorazgos en vna persona, por las razones que trae Roxas *de Incompatibil. 1. part. cap. 8. à numer. 35.* que son la de conservar la Memoria de la Casa, y Mayorazgo que se funda, y la de contemplar, acomodado al primogenito con otro Mayorazgo, que son las mismas razones de decidir de la *Ley 7. tit. 7. lib. 5. Recopilat.* en este caso resulta vna incompatibilidad lineal, y real con exclusion de el primogenito, y todos sus descendientes; y respecto de estar probado en nuestro primer informe, aver sido este el motivo que tuvo Doña Maria de Zurco, para preferir à las hijas, y nietas secundogenitas, y posponer à las primogenitas, milita precisamente esta doctrina, que aunque algunos AA. antiguos la dudaron, esta yà tan asentada, que no se duda de ella en los Tribunales Reales, ita Roxas *de Incompatibil. 4. part. cap. 1. à numer. 87. & 7. part. cap. 6. à numer. 53. & 8. part. cap. 7. numer. 16.* D. Lattea *in eleg. decis. 51. per tot. P. Thom. Sanch. in summ. lib. 7. cap. 15. à numer. 30.* D. Solorçan. *tom. 2. de iur. Indiar. lib. 2. cap. 19. num. 51.* D. Castill. *tom. 6. controvers. capit. 178.* D. Olea *in novissim. add. tit. 3. quest. 4. numer. 7.* y aunque Gama en la

de.



*decif. 27.* assienta averse determinado lo contrario en Portugal, se opone justamente su Addicionador Flores de Mena, ibi: *Satis colligitur male iudicasse Authorem, & Senatam in hoc casu, cum sequunt. Mier. de Maioratib. 2. part. quest. 6. numer. 210. & 213. Aguil. ad Rox. 3. part. cap. 5. numer. 28.*

42. Suponese lo segundo, que la question que se le ofreció al señor Don Juan del Castillo *dict. lib. 3. capit. 15.* fue en caso de estar poseyendo vn primogenito vn Mayorazgo, y averle sobrevenido otro Mayorazgo incompatible con el primero, y no los pudiendo retener, no obstante que hasta el numer. 21. intentò probar que no estava prohibida la retencion, aunque si la adquisicion passò à questionar, si aviendo sido actual poseedor de el Mayorazgo incompatible, y habilitado el hermano mayor à sus hijos, y descendientes, y constituido para ellos linea, debian ser preferidos al hermano segundogenito, vt latè probat ipse D. Castillo *dict. capit. 15. à numer. 2.*

43. Pero quando el hijo mayor nunca llegó à succeder en el Mayorazgo segundo, cessa totalmente esta question, y procede la doctrina que va assentada, de que la exclusion del primogenito, sea lineal, y real. Ita D. Larrea *dict. decif. 51. numer. 18.* ibi: *Rursus fratrem praferendum filijs, & descendentibus primogeniti inde suadet, quia nunquam pater illorum admitti potuit ad successionem, eo quod alterum maioratum obtenuisset, & non potuit ex illo successio deferri filijs suis, antequam illi ius succedendi competeret, & cum linea à patre non constitueretur merito inde ex ea excludendi, quia nisi cum patre non vocantur.*

44. Suponese lo tercero, que como en todas las vltimas disposiciones, es la voluntad de el testador la que se debe atender assi en la materia sujeta; y para discernir si la segunda genitura, y exclusion del primogenito, es lineal, ò personal, se ha de atender à la voluntad del



del Fundador: *Quod eodem modo, quo voluntas Divina Potentia facit ordinem in Astris, ita voluntas testatoris, seu institutoris maioratus facit ordinem in succedendo, ut mult. probat. Et exornat Roxas dict. 1. part. capit. 8. numer. 32.*

45 Con cuyos presupuestos, que se adaptan facilmente al caso de este pleyto, resulta con facilidad la exclusion de Doña Maria de Atorrasagasti, porque es llano, como asentamos en nuestro primero informe, à num. 12. que Doña Isabel de Astigar su madre, no sucedió, ni pudo suceder en este Mayorazgo de Zubiaur, ni habilitar en constituir linea para sus descendientes; porque en el año de 84. en que murió Doña Maria de Zubiaur, primera llamada, y sucesora, ya avia muerto Doña Teresa de Astigar, que era la hermana mayor: por cuya muerte, y desde el año de 74. en que falleció, quedó por primogenita Doña Isabel de Astigar, y poseedora de el Mayorazgo de Astigar, è incapaz de suceder en el de Zubiaur, y por este hecho quedaron inhabilitados sus hijos. *Leg. si viva mater, Cod. de bonor. mater. D. Larrea dict. decis. 51. à numer. 23. D. Mol. lib. 3. cap. 6. numer. 36. Et lib. 3. cap. 7. numer. 4. ubi. Add. ibi: Verumcum Auth. censemus, quod si nunquam habuit aliquam probabilem spem succedendi, eo quod semper, Et in omni tempore incapax fuisset in eius filio, vel nepote ius representationis non datur, quia tunc radix, Et origo successionis adimpletur.*

46 D. Castill. dict. capit. 15. numer. 76. ibi: *Quarto, Et ultimo loco respondetur regulam eandem generalem exclusa scilicet una persona descendentes ex ea etiam exclusos censeri: tunc demum procedere quando aliquis simpliciter, atque indistinctè exclusus est, ita quod semper, Et absolutè incapax fuerit, Et inhabilis omninò ad succedendum, nec ullo modo, aut tempore succedere poterit eo namque casu, Et eius filij, atque descendentes inhabiles indicantur, Et exclusi: idem docet Cyriac. contro-*



vers. 529. numer. 17. Aguil. ad Rox. 3. part. capit. 5.  
numer. 15.

47 Estas doctrinas son mas aplicables à nuestro caso, en que cuydadosamente la Testadora, no quiso que Doña Ana de Zubiaur su hija mayor, hiziesse linea para sus tres hijas; porque inmediatamente explicò su voluntad, formando, y facendo linea de sus nietas, para que cada vna de ellas la formasse para sus descendientes, como se reconoce de la clausula segunda, ibi:

*En primero lugar sea heredera Doña Isabel de Zubiaur y Zurco, y sus hijos: En segundo Doña Maria de Zubiaur, y sus hijos, y à falta de ellos Doña Teresa de Astigar, y sus hijos.*

48 Y este concepto le explicò con mas claridad en la clausula quinta, ibi: *Y assi declaro, que los hijos de los llamados ayán de suceder por mayorias de suerte, que no quiso dar llamamiento à ningun descendiente, sino es conforme el orden gradual que puso en los llamamientos, que es el que se debe observar à diferencia de el orden de agnacion, yt observabit Roxas dict. 1. part. cap. 5. num. 20.*

49 Y en este caso no considerandose Doña Maria de Atorrasagasti, hija, y descendiente de quien tenga llamamiento, no puede incluirse en la succession, aunque sea de la linea primogenita, porque como se halla excluida la cabeza de la linea, es preciso lo esten oy los que descenden de ella. *Dict. Leg. si viva matre, Cod. de bon. mater.* y solo podrá pretender la succession los que tienen especial llamamiento en el caso presente. *Leg. at que conditio, ff. C. D.*

50 Y para escusar prolixidad donde tenemos vna clara voluntad de la Testadora, en que no solo quiso postergar à los primogenitos, sino es à todos sus descendientes, y fundar vn Mayorazgo de segunda genitura, lineal, y real, interpretando vna parte del testamento con otra. *Quia certum est, quod vna pars testamenti*  
*aliam*



*aliam declarat, Leg. qui filia 69. Leg. si seruus plurium, §. vlt. ff. de legat. 1. Leg. quasitum, §. Papinianus quoque, ff. de fund. instrum. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 6. tit. 13. numer. 5. Simon de Præct. lib. 2. de interpret. vlt. volunt. int. 3. dub. 1. sol. 3. numer. 64. vt docet D. Castell. dict. cap. 15. num. 30.*

51 Y no se puede dezir caso omitido, lo que se comprehende en la disposicion. *Ut pro interpretat. Leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recopilat. ad rem dicebat D. Larrea dict. decis. 51. numer. 28. ibi: Sed licet aperte non exprimeretur, vt prædiximus, non posset dici omissum, quod dispositione Legis comprehenditur quatenus taxatiuè primogenitum ad vtrumque maioratum admittit, quando solus fuerit vnde cum non solus, sed frater sit, illum excludit, & successione incapax reddit: iuxta Hond. dict. lib. 2. cons. 22. numer. 29. Decian. lib. 17. numer. 45. & omissum dici non potest, quod Legis generalitate comprehenditur, Leg. fin. ff. quod cum eo Surd. cons. 181. numer. 42.*

52 En las breues clausulas que formò Doña Maria de Zurco, se hallan los segundogenitos, no solo à los primogenitos, sino es à sus hijos, y descendientes, que es el concepto formal de vna segunda genitura, lineal, y real, con exclusion lineal, y real de los primogenitos, lo qual se manifiesta concluyentemente, porque no solo diò preferencia à Doña Isabel de Astigar, quando la concibió segundogenita, y à Doña Ana Maria terciogenita en competencia de Doña Teresa de Astigar, que era la primogenita, sino es en competencia de los hijos, y descendientes de Doña Teresa de Astigar; pues à esta, y à sus hijos, y descendientes les diò vltimo separado, y discretivo llamamiento, no queriendo que succediesen los hijos, y descendientes de la primogenita, sino es en falta de la segunda, y terciogenita, y sus descendientes, y esta es la fuerça, y eficacia de los llamamientos discretivos el que cada vno succeda en el

lu-



01  
lugar que le señaló el Testador, vt dixit Bald. in *Leg. maximum vitium* 11. *Cod. de lib. prater. Surd. conf. 403. numer. 2.* D. Molin. *lib. 2. Hispan. primogen. lib. 3. cap. 5. numer. 55.* D. Castill. *lib. 5. controu. capit. 92. numer. 31.* Barbof. in *rot. decis. lib. 2. rot. 80. numer. 4.* D. Larrea *decis. 54. numer. 17.* D. Cresp. *obs. 21. quest. 1. numer. 15.* Pues de lo contrario se figuriera precisamente el absurdo, de que *institutus sibi met substitutus in veniretur, quod vitandum est.* *Leg. coharedi 41. ff. de U. & P. substit. Leg. ex facto, §. item quero eod. Leg. aquisissimum, §. si prius, ff. de bon. P. sec. Tab. Geronimo Gabriel conf. 116. num. 24. vol. 2.* Bald. *conf. 116. numer. 1. vol. 1.* Mier. *de maiorat. 2. part. quest. 6. numer. 65.* D. Larrea *dict. decis. 54. numer. 17.*

53  
Y todos estos absurdos se descubrieran manifestamente à no hallarse excluidos en el caso presente, y postergados todos los descendientes de Doña Isabel de Astigar, y de la linea primogenita; pues estos oy se contemplan con el concepto, conque atendió la Testadora à los descendientes de Doña Teresa de Astigar, à los quales solo llamó, y permitió que sucedies-  
sen à falta de la nieta segunda, y terciogenita, y sus descendientes; y si pretendiera incluirse el segundo de la linea primogenita, antes que la segunda, y tercera, fuera tener dos llamamientos, y hallarse substituidos alsimismo, lo qual es absurdo, vt diximus, & probat D. Larrea *dict. decis. 51. numer. 24. ibi: Linea igitur ex predictis rationibus exclusa non poterit ad aliquos eius lineæ, (¶ ita ad filios primogeniti) successio transire, quia successiva vena deficit cursus, vel fluxus, vt vulgarièr dici solet, arg. Leg. flumina, §. fin. ff. de damn. inf. ¶ nisi in capite, idest filio maiori initium sumat linea, non poterit ulterius procedi. Nam in primogenito debet considerari linea actualis, vel habitualis, vt possit procedere.* *Ordad. conf. 221. numer. 27. ¶ alijs adductis probat Mol. lib. 3. cap. 6. numer. 36. ¶ 37. ¶ patet, quia ex maioratu*  
in-



*incompatibili invenitur impeditus, ut in alio delato succedat, non potest lineam quoad illum constituere, quia non tam ab eius successione exclusus videtur, quam non admittitur: arg. leg. 1. ff. de his, que in test. de leg.*

54 Luego si la Fundadora no permitió, que los hijos, y descendientes de la primogenita pudiesen suceder, sino es à falta de Doña Ana Maria de Zubiar, que es esta parte, y sus descendientes, mal podrá pretender oy su inclusion Doña Maria de Atorrasagasti, debiendose reputar en el concepto de derecho, como hija de Doña Teresa de Astigar, porque se halla incluida en la linea primogenita, respecto de que Doña Isabel de Astigar no tuvo capacidad para suceder, ni tiempo para formar linea à sus descendientes; y solo podrán esperar la successión conforme à la voluntad de la Fundadora, quando se hallen fenecidas, y extinguidas todas las lineas posteriores, como fundamos laramente en nuestro Informe, que escusamos repetir; porque Doña Maria de Atorrasagasti es preciso se valga de los mismos fundamentos para excluir à Don Pedro Ignacio de Atorrasagasti.

55 Y los mismos fundamentos con que ha de excluir Doña Maria à Don Pedro Ignacio, la excluyen à ella misma, pues como la successión de los Mayorazgos es perpetua, no se ha de permitir en persona de linea, donde se espera la exclusion. Y que sea faltuaria la successión, ut ad rem advertit D. Larrea d. dec. 51. num. 21. ibi: *Tum Et eadem ratione, ne familia confundantur, que maioratum concursus excludit, Et includit incompatibilitatem, ut expressè tradit d. l. 7. ideò in successione maioratum, ubi semper perpetuitas attenditur. Mol. lib. 1. de primog. cap. 3. num. 14. Et cap. 4. num. 13. Non debent admitti filij primogeniti exclusi propter incompatibilitatem, sed eius frater alterius lineæ, ne si in filijs, Et linea eius, qui exclusus maneret, successio sepius involveretur cum alio maioratu, quando pater filiorum decederet, Et ad*



illos primogenij, quem possidet successio pervenerit, ita ut successio alterius primogenij ad eos delata, cum in eadem maneret linea, non posset esse perpetua absque eo, quod crebra incompatibilitas sapius repeteretur, à qua ut liberaretur filius, deberet in alium filium. Et in eadem linea renuntiare maioratum, quod in iure admittendum non est, quia ludibrio foret dispositio institutoris primogenij, qui tam sedulo suam familiam non confundi iuravit inducta incompatibilitate, quæ fuit ratio, text. in leg. fin. §. Vbi autem, C. de bon. qua lib. ibi: Ne ludibrio leges ei fiant sapius eandem. Et amplecti, Et respicere hereditatem cupienti, Et conducunt verba text. in leg. Cum alij, C. de curat. furios. ibi: Ne crebra, vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio, Et frequenter tam nascatur, quam desinere videatur, Et in successio- nibus non admittenda forme succedendi parum constantes, Et varia. Con cuya doctrina escusamos qualquiera ponderacion, y aplicacion. Lo mismo enseña Roxas 1. part. cap. 4. à num. 58. vbi Aguila.

Y supuesta la exclusion de Don Pedro Ignacio, y que este Mayorazgo sea de segunda genitura, las mismas Clausulas convencen el que es lineal, y real, y que no puede succeder Doña Maria de Atorralagasti: y así esperamos se declare, salva, &c.

Doct. Don Rodolfo Arredondo

Carmona.

Cathedratico de Uisperas de Leyes.