

JESVS MARIA JOSEPH.

RESPUESTA

23

POR DON ALONSO DE
Ibayzabal Ponçe de Leon, num 15. en el
nuevo arbol, vezino de la Ciudad
de Logroño, y de la Villa de
Entrena.

A LAS ALEGACIONES EN
derecho, dadas por Don Geronimo Ponçe
de Leon, num. 12. vezino, y Re-
gidor de dicha Ciudad,
su tio.

Y P O R

DON DIEGO PONZE DE LEON, NVM. 14.
vezino tambien de dicha Ciudad,
su hermano.

EN EL PLEYTO SOBRE

LA SVCCESION EN PROPIEDAD DEL
mayorazgo, que fundaron Don Iuan de Ibayzabal, y
Doña Ana Fernandez Pablo, los del num. 1.

A

Los

1 **L**OS informes en derecho, que se han da-
do por las partes, son los que se escri-
vieron para la vista, y con que se deter-
minò, sin que se comunicassen, y aora en la instancia de
revista se ha pedido la comunicacion, y se ha hecho en
la forma ordinaria.

2 Y antes de passar à discurrir sobre dichas
alegaciones, se supone, que en lo tocante à lo principal,
y que corresponde à los llamamientos, filiaciones, y
forma, como ha discurrido este mayorazgo hasta la va-
cante, que diò motivo à el pleyto, que fue por muerte
de Doña Lucia de Ibayzabal, num. 4. no ay novedad en
los autos, y con los mismos que se viò en vista, està vi-
sto en revista, y lo que se ha adelantado de que no se
pudo hazer mencion en dichos informes, es lo 1. la sen-
tencia de vista, por la qual.

SENTENCIA DE VISTA;

3 Se declara tocar, y pertenecer el mayo-
razgo, sobre que se controvierte à Don Alonso de Ibay-
zabal Ponçe de Leon, que es esta parte, y se le condena
à Don Geronimo à su restitucion, y de sus bienes, con
los frutos, y rentas desde la contestacion.

*AVTOS EN CVTA VIRTVD DON GERO-
nimo se entrò en los bienes de este ma-
yoraazgo.*

4 Lo 2. que nuevamente se halla en esta ins-
tancia, por averse presentado en ella, son los autos, en
cuya virtud consta del titulo, y modo como entrò D.
Geronimo Ponçe, en la detentacion de los bienes de
este mayorazgo, y fue, que por muerte de Doña Lucia
de Ibayzabal, numer. 4. por la Justicia de la Ciudad de
Logroño, en 13. de Agosto de 1674. se nombrò admi-
nistra-

nistrador judicial de los bienes q̄ de ella aviã quedado.

5 Callando esto Don Geronimo Ponçe, con la ocasion de la menor edad de Don Diego, num. 14. y Don Alonso Ponçe, numer. 15. sus sobrinos, en 10. de Noviembre de 676. ante la Justicia de Alverite, por estar en su territorio, y jurisdiccion vn cercado, y viña, que es vna de las fincas mejores del mayorazgo, y en que consiste casi todo el emolumento, y vtil de èl, con relacion de la muerte de dicha Doña Lucia, su madre, y presentacion de las fundaciones, pidiò su possession, y se le mandò dár la real, y actual con la calidad de sin perjuizio de tercerò.

6 Y en 4. de Octubre del año siguiente de 77. ante la misma Justicia de Alverite, se quexò el mismo Don Geronimo, de que el administrador, que como và dicho estava nombrado con discernimiento, y vfo en forma, le inquietava en la possession de dichos bienes de mayorazgo, y le impedía coger los frutos, y concluyò se le mandasse que no le inquietasse en dicha possession: porque la administracion solo era de los bienes libres.

7 Contradixose por Don Lucas de Gamarrá, num. 17. y por Don Vicente Ponçe de Leon, num. 16. oponiendo, y alegando, que dicha possession era nula por aversele dado sin citacion, ni conocimiento de causa, y que no se sabia si los bienes eran de vinculo.

8 Tambien se contradixo por Don Diego Ponçe, numer. 14. y por el curador de Don Alonso de Ibayzabal Ponçe de Leon, num. 15. alegando lo mismo en quanto à la nulidad de dicha possession, y pidiò en especial dicho curador, *que se depositassen los frutos, y en caso de percibirlos Don Geronimo fuesse debaxo de fiança*, y que protestava vsar de los remedios de la ley de Toro, por tocarle el mayorazgo conforme à sus llamamientos à dicho Don Alonso, como hijo legundo de Don Diego Ponçe.

9 En 12. de Octubre del mismo año se bol-
vió à qoexar Don Geronimo , de que el administrador
no le dexava conducir los frutos à Logroño, y para po-
derlo hazer ofreció fiança.

10 Y en 15. del mismo mes se diò auto , en
que se mandò, ibi : *Dixo, que sin perjuzyio del derecho
de todas las partes, y cada una de ellas en lo principal
perciba, y ADMINISTRE el dicho Don Geronimo
Ponçe de Leon Ibayzabal los frutos del cercado, viña, y
de los demàs, de que se le diò possession por Joseph de Es-
tella, &c. A 13. de Noviembre de 1676. dando fiança
lega, llana, y abonada, por quenta, y riesgo del presente
Escrivano de tenerlos de manifesto para lo que por su
merced, ò otro luez, competente se determinare.*

11 Y reservò el proveer sobre la nulidad, y
demàs excepciones, y recibió la causa à prueba , y en
virtud de este auto ha estado valiendose de dichos
bienes, y sus frutos, aviendose presentado sin embargo
de ser en su favor, para que no se prosiguiesse en la cau-
sa, en el mismo año, en grado de apelacion en esta Real
Audiencia.

12 Esto conduce para la pretension, que tie-
nen Don Diego Ponçe , y Don Alonso de Ibayzabal
Ponçe de Leon, cada vno en la suplicacion que respec-
tivamente han interpuesto de la sentencia de vista , de
que la condenacion de frutos ha de ser desde la ocupa-
cion, y no solo desde la contestacion , en lo qual tiene
pedido que se reforme dicha sentencia Don Alonso, en
virtud de estos nuevos autos, arrimandose à la suplica-
cion interpuesta por los contrarios, y la funda assi, por-
que Don Geronimo jamàs ha sido quieto possedor, ni
se le puede estimar por de buena fee, y desde su princi-
pio se halla la causa, movida, y controvertida, & tene-
tur ad omnes fructus, leg. 2. ibi: *Sed etiam eos, quos per-
cipere potuisset, non quos eum redegisse constat, exolvat,
ex eo tempore, ex quo re in iudicium deducta scientiam
mala*

31

*male fidei possessionis accepit, Cod. de fruct. Et litium
expens. vbi Bartol. & DD. leg. certum 22. Cod. de rei-
vindicat. leg. si fundum 17. Cod. eod. tit. vbi Barbol. in
collectan.*

13 Como porque por dicho auto, de que
vsò, solo ha sido administrador, ibi: *T administrare*, con
fiança, y con la calidad de sin perjuyzio del derecho de
las partes, y hasta que otra cosa se mande, y qualquiera
de estas calidades, y circunstancias le constituyò en ter-
minos de depositario, para que no hiziesse suyos los
frutos, y deba restituirlos como extantes, *ex leg. si Pro-
curatoris 5. §. final. ff. de tributoria act. leg. illud quoque
7. ff. eod. latè cum D. Castill. Giurba, Noguera. & plu-
rib. alijs D. Salgad. in Labyrinth. 2. part. cap. 6. ex num. 1.
vbi num. 5. Considerari, ac si res tradita non fuisset, &
in num. 6. communiter teneri ab omnibus res presumi
stare, Et non esse consumptas*, y lo funda latamente con
diversas ampliaciones, y extensiones, siendo vna de
ellas, que obra semejante elausula de sine præiudicio,
fiança, ò qualidad, no solo para en quanto à la cosa, que
se entrega debaxo de ella, como aqui que gozasse de
los frutos, sino aun tambien en quanto à los emolamén-
tos, y frutos, que aquella cosa produxesse, cum D. Fran-
cisco Hieronym. de Leon decis. Valent. 50. num. 10. y
11. & Fontanel. de pact. nupt. tom. 2. claus. 5. gloss. 18.
part. 6. num. 35. in fine, y lo mismo sigue, y funda en
otros capitulos, y lugares, que refiere en este el señor
Salgado, y assi siendo solo depositario Don Geronimo
de dichos frutos, y aviendolos percibido despues de
movida la controversia, con la calidad de entenderse
sin perjuyzio de las partes, y fiança de su restitucion, le-
gicamente se pretende, y suplica, que la condena-
cion sea correspondiente à dicha obligacion.

SOBRE LA REDARGVCIÓN QVE DE
nuevo se haze de los instrumentos.

14 Lo 3. que se halla de nuevo , es la instancia que se ha hecho por Don Diego Ponçe , redarguyendo de falsas en la de revista, despues que se viò condenado, los dos instrumentos de la fundacion , el testamento otorgado en esta Ciudad por Juan de Ibayzabal, num. 1. en 18. de Junio de 1627. que se refiere en nuestro primer informe ex numer. 2. y la fundacion hecha por Doña Ana Fernandez Pablo, su muger , que en el nuevo arbol està in cod. num. 1. y que referimos *in dict.* 1. *allegat. ex num.* 6. y sin embargo de aver sido el primero que las presentò en este pleyto el mismo D. Diego, fundando en ellas su demanda , y que en su alegacion en derecho las supone por ciertas (como lo son) y sin controversia in num. 2. 3. & 4. ha hecho en esta instancia tanto empeño contra su proprio hecho para destruir las, y que los bienes se tengan por libres , si ambas se desestimaran, ò à lo menos el mayorazgo por regular, que ha passado buscar los registros, y la escritura original, de donde compulsò la fundacion de dicha Doña Ana Fernandez, y que se reconozcan, y vean todos los dichos instrumentos por peritos, Escrivanos de Camara, que se han nombrado , y otras diligencias, que han causado bastante dilacion; pero tan ineficaces , è invtiles para su intento, que antes bien los han mas comprobado , y calificado , sin que resulte alguna presumpcion, ni sospecha, como mas largamente se fundarà por Don Geronimo en su respuesta , quien principalmente ha tomado esta defensa, por imputarsele si en su poder se viciaron, y con remission en esto à su escrito, que serà tan acertado , brevemente por Don Alonso se nota lo siguiente.

15 Que la 1. demanda puesta en esta Corte, sobre la succession de este mayorazgo, fue por D. Diego

4

go Ponce, en 13. de Octubre de 79. siendo ya mayor, y en ella para fundar su derecho presentò estas fundaciones, sacadas de su pedimiento en 16. de Noviembre de 68. por Nicolàs Rodriguez, Escrivano del Numero de Alverite, de los autos que paravan en su poder, hechos sobre la possession pedida por dicho Don Geronimo, y en dicha presentacion no dudò Don Diego de su verdad, y certeza, antes bien la reconociò, y confesò, y solo impugnò los llamamientos por defecto de potestad, diciendo: *Que Doña Ana Fernandez Pablo, numer. 1. no avia podido poner clausulas de incompatibilidad, cuya presentacion en dicha demanda la hizo con estas palabras: Como consta de sus clausulas (de ambos instrumentos) que presentò, y jurò, sin que le impida la dicha llamada incompatibilidad: porque dicha Doña Ana no tuvo potestad para ponerla, ademàs de ser personal, que no perjudica à mi parte.*

16 Con estos instrumentos en la forma dicha sacados, y presentados, sin que contra ellos en quanto à su certeza se dixesse cosa alguna, se substanciò, y prosiguiò la causa con los articulos, y dilaciones, que de ella constan, y se passò à vèr, y determinar en definitiva en el año pasado de 94. dandose la sentencia à favor de Don Alonso, que vè referida.

17 Suplicòse por parte de Don Diego, y en la suplicacion, viendose ya condenado, y descubierta su exclusion, entrò impugnando, y redarguyendo el mismo instrumento, que èl avia presentado: porque en el pleyto no avia otro con estas palabras, que se ponen, porque parecen que corresponden à ambos instrumentos, el poder para hazer llamamientos de Don Juan de Ibayzabal, y la fundacion hecha por Doña Ana Fernandez Pablo, su muger.

18 *Lo otro, porque las clausulas de incompatibilidad, en que se funda la exclusion de mi parte, son inciertas, y supuestas, y los instrumentos en que se han,*

llan,

llan, y que están presentados (èl mismo los presentò) falsos, y falsamente fabricados, y como tales los redarguyò civilmente, y jurò.

19 Funda esta redargucion en que no era verosimil el llamamiento del hijo del segundo matrimonio, en que se funda Don Geronimo, de Doña Lucia de Ibayzabal, num. 4. que parece hecho antes que Doña Lucia passasse à segundas nupcias, y que en poder de Don Geronimo avian entrado todos los instrumentos, y papeles, con la ocasion de la menor edad de Don Diego, y sus hermanos, y aver quedado huérfanos, y por el interes que se les seguia.

20 Que qualquiera auto que huviesse hecho en contrario, no le podia perjudicar por aver sido con error, y ignorancia, y como tal lo revocava, y pidió restitucion.

21 Pidió en otro pedimiento, que el successor en los papeles de Martin de Sicilia, Escrivano de el Numero de la Ciudad de Logroño, por cuyo testimonio avia passado la fundacion hecha por dicha Doña Ana, en el año de 1631. remitiesse el registro, y protocolo original, y se mandò que se traxesse à su costa.

22 Hizose la diligencia con Matias de Legaria, successor en dichos registros, quien diò el de dicho año de 631. de Martin de Sicilia, y se halla desmembrado, y diminuto, y le faltan las escrituras que corresponden à el mes de Octubre, en el qual se otorgò dicha fundacion, y por Don Geronimo, para excluir la sospecha de que pudiesse tener parte en dicha subtraction, y falta, pidió que Don Diego Ponce jurasse si à dicho Matias de Legaria, Escrivano, le diò poder para que administrasse su hacienda en el año de 94. quando vino à esta Ciudad, y que con èl tiene intimidad; y reconociò, y confesò el poder dicho D. Diego, y que no tiene con èl mas amistad, que averle nombrado por Contador en las quantas, y particiones con sus hermanos.

23 Pidiòse por Don Diego, que Don Geronimo exhibiesse el dicho instrumento original de donde se avia sacado el traslado presentado , y que constava averle recogido, y que parava en su poder, mandòse assi, y le exhibiò, y en todo conviene con el presentado. Redarguyòle tambien de falso, diciendo era traslado de traslados , y nuevamente pidiò , que el successor de Lazaro de Olmedo, por cuyo testimonio avia pasado el testamento de Juan de Ibayzabal , otorgado en esta Ciudad, le diesse vn traslado con citacion.

24 Tambien se mandò, y executò, y Manuel de Arana, successor en dicho Oficio, solo hallò vna hoja, y vn pedazo de otra del protocolo de dicho testamento, y certificò, que aunque avia buscado las demàs , no avian parecido , y que los papeles de dicho Oficio, quando se le entregaron estavan desquadrados, y comidas las mas de las hojas de ratones.

25 Y por Don Geronimo se presentò de todo el dicho testamento de Juan de Ibayzabal , vn original dado por el mismo Lazaro de Olmedo, por quien se otorgò, con vn auto de visita à la buelta del Ordinario de Calahorra, de 9. de Agosto de 1632. y tambien , como vò dicho el traslado de vna , y otra fundacion , de donde se avia sacado el presentado, que està dado, y signado en publica forma por el mismo Martin de Sicilia, por cuyo testimonio avia pasado la fundacion hecha por Doña Ana, y tambien la posesion , que en su virtud se diò en 6. de Março de 1632. à la dicha Doña Lucia, como madre, tutora , y curadora de Don Juan de Ibayzabal Ponçe de Leon, su hijo , todo ello en virtud de mandamiento compulsorio, expedido de pedimiento de Doña Lucia, en 5. de Octubre de 1633.

26 Todos estos instrumentos redarguyò de falsos Don Diego; y por Don Geronimo se pidiò con vista de la redargucion, que se hiziesse vista de ojos , y comparacion de letras con el registro de dicho año de

31. del dicho Martin de Sicilia (que en la forma arriba dicha se avia traido) y se mandò hazer por dos Escrivanos de Camara, que para ello por los señores se nombraron.

27 Y declararon, que la firma que està à el pie del traslado, es muy parecida, y semejada à las que està en las piezas de protocolos, assi en su forma, ayre, rasgos, y caracteres, y todas hechas de vna misma mano, y letra, y lo mismo la rubrica de la firma, y las que està à el pie de las doze fojas de que se compone el traslado, con las que està à el pie de las escrituras de dichos protocolos.

28 Y lo mismo declaran de la subscripcion, y sobre si en las 12. fojas de dicho traslado, y compulsas, que refieren por menor, como se hallan, son de vna mano, y letra, dizen: Nos parece està escritas de vna mano, y letra, por reconocerse por los caracteres de algunas letras en su ayre, forma, y rasgos de ellas, aunque à el parecer està algunas llanas mas assentada la letra, que en otras, y que el papel, vn quaderno de 4. pliegos, que empieza desde el folio 2. hasta el 9. està vn poco mas moreno, que el de la foja 1. 10. 11. y 12. de que se compone todo el traslado, y que tiene todo el algunos agüeros de aver estado otra vez, cosido.

29 No se aquietò à esta vista, y declaracion Don Diego, y pidió, que dos Escrivanos de Provincia, y dos Libreros declarassen sobre ciertos reparos, que dixo avian omitido, lo qual se le denegò, y mandò, que los mismos Escrivanos de Camara hizicssen su declaracion, sobre lo contenido en el pedimiento, y tambien el Escrivano del Real Acuerdo, à costa de quien lo pedia.

30 Bolvieron à reconocerlo, y declarar, y los dos Escrivanos de Camara primero nombrados se afirmaron, y ratificaron en su declaracion, sin que tuviesen que añadir, y el del Real Acuerdo reconociò, y
de-

declarò lo mismo, y que todas ellas eran semejantes, y muy conformes, sin diferencia alguna, y averse escrito, y firmado por de vna mano, y letra, y lo mismo en quanto à las subscripciones, y signos, y que la letra de la primera hoja es la misma, y de vna forma, que la que està en las demàs, aunque es algo mas grande, y gruesa, y los renglones estàn mas apartados, y tambien los de la hoja diez desde la segunda plana, y los rasgos de las dos hojas siguientes, y que las diez hojas primeras estavan en vn quaderno, y las dos vltimas en otros dos medios pliegos, que corresponden à otros dos en blanco: y sobre si ay mas agujeros que los que corresponden à el modo con que estàn cosidos, declara aver algunos sin hilos, y que se conoce aver estado otra vez cosidas; y en la foliacion de las tres hojas vltimas por numero, en que dize folio 15. 16. y 17. que se reconoce estar enmendados los numeros 5. 6. y 7. y que antes numeravan 10. 11. y 12. que es como correspondia, y que en el papel ay vnos pliegos de vna marca, y otros de otra.

31. Esto es lo que ha resultado de la tan exactissima, y escrupulosa diligencia con que ha procurado desvanecer estos instrumentos Don Diego Ponçes pero à el parecer con poco fruto: porque en quanto à el primer instrumento del testamento de Iuan de Ibayzabal, ay repetidos instrumentos, todos publicos, y en forma por donde se comprueba.

32. El protocolo, que aunque defectuoso, y roto en parte por el tiempo, como estàn los del Escriptano, que conviene en lo que de èl se ha podido leer, y percibir: El traslado, de que siempre se ha vsado, que como abaxo diremos, era bastante; el que tambien presentò Don Diego para este pleyto, y vltimamente el original sacado del mismo registro, sin algun vicio que se le aya opuesto, ni le tenga, dado por el mismo Escriptano, que otorgò el testamento, siendo este el que por sí solo prueba, y era bastante, aunque no huviesse otro,

y que como tal es el que se dize, y nombra original autentico, *cap. 1. de fid. instrument. ibi: Si instrumentum authenticum non habemus, vbi cum Cujac. D. Gonçal. num. 10. Et ex gloss. in leg. quicumque, verb. Indice, ff. de fid. instrum. cum D. Covarrub. Parlador. D. Castill. & alijs Pareja de fid. instrument. tit. 1. resolut. 3. §. 2. numer. 1.*

33 De donde inferen, que el que se halla con semejante instrumento tiene caso de ley, à que se erce, y debe estar, *ex gloss. in leg. ancilla 12. Cod. de fur. Bald. conf. 215. numer. 2. volum. 2. y que lo que de el consta, evidenter dicitur apparere, ex cap. cum accessissent 8. ibi: Propter quod evidenter apparet, de constitut. cap. cum contingat 24. de rescript. cap. cum dilecti 6. de donat. D. Castill. lib. 2. controvers. cap. 16. num. 5. y 6. y que por la suma autoridad comunmente la llaman los Autores probatio probata, *Clementin. sapè de verb. significat. leg. cum precibus 18. Cod. de probat. y es el que tiene las tres presumpciones de derecho à su favor, quod sit verum, solemne, Et quod in eo conscripta sunt. adhibita voluntate partium, D. Castill. vbi supr. num. 8. latè ad prædict. Pareja dict. §. 2. ex num. 1. & D. Gonçal. ex dict. num. 10. y assi en este no ay mas que deternos.**

34 El 2. instrumento, que es la fundacion hecha en el año de 631. por Doña Ana Pablos, tiene la misma autoridad, y presumpcion, à que se aplican las doctrinas, y textos referidos, y se excluyen los reparos de Don Diego: Lo primero, porque fue quien le presentò, y se valió, assi de este, como de los demás instrumentos, por cuya presentacion, aunque por si no fuesen publicos, ni probassen les aprobò, y confirmò, sin que los pueda despues impugnar, *Authentica ad hac, Cod. de fid. instrument. Et argum. text. in leg. in fraudem 45. §. à debitore 3. versic. Ipse autem Fiscus, ff. de iure fisci, Bald. in leg. alia, Cod. de his, quibus, vt indigni.*
Gen.

Genua de scriptur. privat. lib. i. conclus. i. quæst. 4. num. 221. Pareja dict. tit. i. resolut. 3. §. 3. ex num. 46.

35 Y es la razon , porque el que presenta instrumento, le conficlla por verdadero , con todo lo que en èl se contiene, ex cap. cum olim 29. de censib. leg. publica maria 26. §. fin. ff. depositi, DD. in cap. venerabilis de exceptionib. Rota, penes Farinac. in posthum. 1. part. decis. 563. num. 9. Pareja ubi proximè numer. 47. & 48.

36 Y por el derecho , que con la presentacion se adquiere à la parte, porque se haze comun , y aunque el que le presentò, despues le quiera recoger, y no vsar de èl, no lo puede hazer, vt notatur in leg. si veteris 2. Cod. de fide instrum. leg. i i 2. ibi : Porque son comunales de amas las partes , tit. 18. part. 3. D. Covarrub. pract. cap. 20. num. 7. Azeved. in leg. 3. tit. 5. lib. 4. Recop. num. 5.

37 Y tiene mas fuerza en este caso por averlos presentado con juramento, que es el que se pide, de que aquel instrumento era cierto, y verdadero , sic vlt hoc iuramentum calumnie introductum, ex Auth. de instrum. cautel. & fide, §. si vero 7. leg. 23. verli. La 4. ibi: Ni falsa carta no aducir à, ni vsarà de ella , tit. 11. part. 3. D. Gonçalez Tellez in cap. fin. de iurament. calumn. numer. 3. & 4.

38 A lo qual no se responde, ni satisface con dezir, que fue con ignorancia, y error , y averle como tal revocado: porque se queda en terminos de nuda alegacion, y el error no se presume, en especial siendo de hecho, y el que le alega debe concluyentemente probarlo, leg. de atate 1. §. vltim. ff. de interrogat. actionib. leg. post divisionem. Cod. de iur. & fact. ignorant. Menoch. de presumpt. lib. 6. presumpt. 22. ex n. 1. Mascard. conclus. 638. & 646. Ciriaco tom. 1. controvers. 65. ex num. 1. & controv. 84. num. 26.

39 Lo 2. prueba este instrumento : porque

aunque se dize que es traslado de traslados de dicha fundacion hecha en el año de 631. no es así: porque es original, y autentico, sacado en aquel mismo tiempo de los autos, y possession original, que sirve de registro en la que se dió à dicha Doña Lucia, y Don Juan de Ibayzabal su hijo, primero llamado, DD. *in Authent. si quis in aliquo documento, & ibi: Purpuratus, numer. 34. Cod. de fide instrument. D. Covar. cap. 2. i. pract. num. 6. vers. Quandoque, & cum Felin. Afflict. & Menoch. Pareja dict. resolut. 3. §. 3. num. 135.*

40 Maxime, aviendose dado en virtud de auto de Juez, y con citacion de los que por entonces eran interesados, como del mandamiento consta, y de pedimiento del poseedor que entonces era del mayorazgo, cuya aprobacion, y hecho perjudica à los demás que en adelante huviesen de suceder en él, cum tunc ad eum principaliter defensio cause attineat, *ex leg. 1. §. quamvis, vers. Denuntiari, ff. de ventre inspiciend. gloss. in leg. de unoquoque 47. verb. Quos causa, ff. de reindicat. D. Molina de primogen. lib. 3. cap. 13. num. 44. Pareja dict. §. 3. num. 131. vbi refert Bald. in leg. ingenuum de statu homin. 2. lect. num. 3. & eius illa egregia verba: Debet ergo esse talis litigator ad quem, ut ita dixerim, pertineat ius in capite, ita quod alij sint sub eo, sicut membra sub capite.*

41 Lo 3. porque dicha copia, y autentico traslado, le dió el mismo Martin de Sicilia, que hizo, y otorgó el protocolo, y que avia dado el primer instrumento original, que se presentó en dicho pleyto, en cuyos terminos por ser del mismo Autor, no se tiene por copia, ni trasumpto; sino por el mismo original autentico, como si se huviera dado del protocolo, cum habeat eandem vim, ac autoritatem, sic limitant, & tradunt DD. *ex leg. vnum 24. ff. de testament. & leg. Sempronius Proculo 47. ff. de legat. 2. vbi Bart. num. 4. & in Authent. si quis in aliquo documento, num. 4. D. Meneses*

les in leg. sancimus. 3. Cod. de divers. rescript. num. 5. D. Covar. dict. cap. 21. num. 2. verí. *Quod si fiat*, D. Castillo dict. lib. 2. controu. cap. 16. ex num. 58. Barbol. in collect. ad cap. 1. de fide instrum. num. 3.

42 Sin que pueda admitirse la soblimitación que à esta sentencia quilo dà Pareja in dict. §. 3. ex numer. 15. ex leg. 1. §. *sed et si in duobus*, versic. *Sed si unum*, ff. de bonor. possess. secund. tabul. queriendo entender dicha sentencia del traslado que se saca del protocolo, y no del que se dà de su original, aunque sea por el mismo Escrivano, por ser contra la comun sentencia que èl mismo reconoce in num. 13. & 14. y que si se huviera de entender solo de aquella escritura, que se saca de el protocolo, no fuera exemplo, ò copia sacada del original; en cuyos terminos hablan los DD. sino el mismo original autentico, y en este sentido advierte in hum. 14. la ampliacion de Barbol. in dict. cap. 1. de fide instrument. num. 3. de ser tanta la fuerza de este exemplo, ò traslado sacado del original, por el mismo Escrivano que hizo el protocolo, que aunque se huviera perdido el original, como en este caso, y se huviera dado sin citacion, sin embargo por ser este traslado publico, y autentico, y tener fuerza de original, probava plenamente, ibi: *Quod utique verum esse affirmat, & sine difficultate procedere, etiam si non reperiaturs originale, & illi qui ex hac exemplatione possent ladi, non essent vocati.*

43 Y à el versic. *Sed si unum* del dicho §. *sed et si in duobus*, se responde con èl mismo, que no habla allí el Jurisconsulto de traslado del testamento, sacado del original, por el Escrivano que le otorgò, sino de aquel exemplo, ò borrador simple, sin alguna autoridad hecho por el testador antes, ò despues que hiziese el testamento: porque este no ay duda que no probaba, mediante que el testador no le quilo dar tal autoridad, ni contiene voluntad perfecta, *ut ait gloss. in dict.*

ver-

versic. verb. *Exemplum*, & eum pluribus D. Castill. dict. lib. 2. cap. 16. num. 58. versic. *Nec urget.*

44 Y aunque le intentò probar con la autoridad de Scacia de *iudicijs*, lib. 2. cap. 11. n. 396. habla en terminos distintos de quando el Escrivano, quando dà la copia, no la dà como instrumèto autentico, ni original, sino como exemplo, ò traslado, sin autoridad, ve ait numer. 397. con Mascardo *conclus.* 711. num. 45. y 46. que se explica en estos terminos; pero quando la dà como instrumento autentico, signandole, y subscribiendole para que tenga publica fee, todos convienen en q̄ alsì le saque del protocolo, ò de su original, y primera copia, siendo por el mismo Escrivano, tiene igual autoridad, y lo afirma el mismo Scacia in *cod. cap.* 11. part. 2. num. 529. cum *sequentib.* § num. 537. y dà la razon, ibi: *Quia si notarius authenticat illud exemplum, seu copiam, non dicitur amplius exemplum, seu copia, sed dicitur originale;* y porque cessa la razon que se considera en otro Escrivano, que del original dà el exemplo, ò copia, que no testifica de su proprio hecho, y se equipara à el testigo, que depone de oidas à otro; pero quando es el mismo Escrivano, no es de oidas, sino de su proprio hecho, cuya razon advierte Mascard. in *dict. conclus.* 711. ex num. 1. D. Covarrub. *dict. cap.* 21. numer. 2. & idem Pateja in *dict. §.* 3. num. 7. y 8.

45 Lo 4. debe darse fee à dicho instrumento por su antigüedad, pues passa de 60. años, § *instrumentum antiquum*, § *si esset exemplum, fidem facit*, Mascard. *vbi supr.* num. 23. Polth. *de manut. observat.* 98. ex num. 17. & cum his, & Stephan. Gratian. *disceptat. cap.* 8. num. 15. § 16. & D. Paz de *tenut. cap.* 26. numer. 66. Pateja *dict. §.* 3. num. 56. § num. 129. § 130. donde para este efecto lo estima por antiguo, despues de 30. años, por ser este el bastante tiempo, para que se presume qualquiera solemnidad extrinseca, que se eche menos, y sea necesaria, ex leg. *si filius* 10. *Cod. de pe-*

46 Lo 5. por su vniforme observancia, que siempre ha tenido, y tiene, pues corresponde à la possession que se le diò à Doña Lucia de Ibayzabal (que fue la misma, que le otorgò) y à su hijo Don Juan en dicho año de 51. y en cuya virtud poseyò Doña Lucia, hasta que murió, y por èl comò la possession Don Geronimo en dicho año de 70. y se ha governado este pleyto desde el de 79. y se determinò en vista, y la observancia dà plena autoridad à qualquiera instrumento, aunque fuesse traslado de traslados, y q̄ por si no la tuviera, y pareciendo en poder del vltimo poseedor, como este pareció en el de Doña Lucia, era bastante, aun para que se desfiriera à èl en juyzio de tenuta, vt cum D. Molin. D. Paz, & alijs testantur Addentes *lib. 2. cap. 6. numer. 57. uersic. final. & idem Pareja dict. §. 3. ex num. 136.*

47 Concorre con todo lo referido su comprobacion, y comparacion de letras, y declaraciones primera, y segunda de los Secretarios de Camara, que convienen en su verdad, y certeza, y dicha comparacion hecha por peritos en instrumentos, que son publicos, les conserva la fee, para que plenamente prueben; *ex Authent. ad hac, § leg. comparationes litterarum 20. vbi DD. Cod. de fide instrument. leg. 118. tit. 18. part. 3. Pareja dict. resolut. 3. §. 2. numer. 34. § numer. 40.*

48 Y con razon desestimaron dichos peritos los reparos de si el papel es de dos señales, ò marcas por ser muy comun en qualesquier instrumentos, y no digno de reparo, salvo en caso, que constasse ser mas moderna alguna de aquellas marcas, de calidad, que no correspondia à los tiempos en que se hizo el instrumento; *Barbol. voto 68. num. 51. ibi: Et constitit, quod tempore, quo instrumentum fuit confectum, illa carta non fabricabatur, sic concludit cum addentib. ad Alvar. in cons. 99. littera E. Farinac. de falsitate, quest. 153. num.*

167. vbi quod falsitas non probatur ex eo, quod vnum folium sit diversi papyri, aut signi ex Paulo de Castro quem allegat. in cons. 371. sub num. 1. lib. 1.

49. Y tambien desestimaron el de si la letra en vnas partes està mayor, ò menor, por ser vna misma la forma, como asientan los peritos, y es de la misma calidad el de si es inverosimil el que llamasse à el hijo de otro matrimonio, que tuviessse Doña Lucia: porque resulta q̄ era yà viuda, y lo pudo prevenir, y ser todas cavilaciones, q̄ no admite, ni estima el Derecho, vt aiunt DD. ex leg. penultim. ff. ad exhibendum, Calador. decis. 3. num. 5. de probat. Noguero allegat. 29. num. 31. dōde de semejantes oposiciones, dize: *Esse subtilissimas, & parui fundamenti*, conque queda respondido à lo que nuevamente se ha opuesto contra dichos instrumentos, y se pudo omitir, remitiendonos à su inspeccion, que afiança tambien su certeza, y verdad, como à el proposito, ait D. Crespi de Valdaura *observat. 23. num. 18. & 19. & observat. 50. num. 6.*

RESPONDESE A LA ALEGACION DE Don Geronimo.

50. Con estos presupuestos de los autos nuevamente hechos en esta instancia de revista, y fundada la legalidad, y verdad de los instrumentos, se passa à responder à las alegaciones contrarias, y primero à la de Don Geronimo, como poseedor, aunque intruso.

51. Hasta el num. 17. pone el hecho, que se reduce à las clausulas, que estan dadas aparte impresas, y à los dias, y tiempos, en que nacieron, y en los en que murieron los llamados à este mayorazgo, y en el que nació Don Alonso, num. 15.

52. Y desde el dicho num. 17. funda el primer articulo, sobre la naturaleza de este mayorazgo, e inclusion de Don Geronimo, y entra haciendo algunos
su-

supuestos, de que se ha de atender à la voluntad, como ley, y al tiempo de la vacante para la succession, que la qualidad del primero, ò segundogenito passa à el inmediato; y que si el comissario para fundar mayorazgo, y hazer llamamientos excediere, en el exceso sea nula su disposicion, y no en lo que fuere arreglado à el poder, y facultad, principios generales, que aunque tienen sus limitaciones, por aora no se controvierten, y en lo que conduxeren se notará lo que convenga, quando llegue la aplicacion.

53 Desde el num. 24. passa à discurrir sobre la naturaleza del mayorazgo, y dize ser de segunda genitura, porque Juan de Ibayzabal, num. 1. Fundador, llamó à el hijo segundogenito, in illis verbis: *Y quiero que succeda en ellos el hijo segundo de mis hijas, quien escogiere la dicha Doña Ana Fernandez, mi muger, y solo, porque llamó à este hijo segundo, se dà por assentada dicha qualidad de segundogenitura, y que perpetuamente por esta primera disposicion avian de succeder los segundogenitos.*

54 De esta objeccion, que dicen fundamento nos hizimos cargo in nostra 1. allegat. in num. 71. y es la que principalmente negamos: porque como diximos in num. 74. para que sea mayorazgo de segunda genitura, no basta el llamamiento de vn segundogenito, sivè fiat nomine proprio, sivè appellativo, y es necesario vn perpetuo llamamiento de los segundogenitos; ò expreso, ò congetural, con tales presumpciones, y congeturas, que concluyentemente prueben semejante voluntad, & id resoluit Rojas de incompatibilitat. 1. part. cap. 8. num. 31. & cum D. Gregor. Lopez, & alijs; la propone por conclusion firme, y assentada; y que quando no consta de tal voluntad en falta de aquel hijo segundo llamado, y de sus descendientes buelve la succession à el primogenito, y à los suyos, D. Fernando del Aguila su Addicionador in eod. cap. 8. numer. 2. his verbis.

Quis-

55 *Questio est, an ex vocatione secundogeniti inducatur exclusio primogeniti, & eius linea, ita ut eiusdem secundi linea deficiente, potius ad tertium, quã ad primum deferatur successio? Qua in re certissimum est regulariter, primogenitum potius esse, quam tertio, vel quartogenitum, nisi aliud ex voluntate testatoris colligatur.*

56 *Et cum D. Castell. lib. 5. cap. 93. §. 1. numer. 36. idem resoluit Doctor Iohannes Torre de succes. in primogenit. 1. part. cap. 33. numer. 42. §. 43. §. numer. 48.*

57 *De calidad, que si despues de este hijo segundo, el Fundador dispusiere quien aya de suceder, ò bien llamando à el hijo primero, ò bien dando otra forma, esta es la que se ha de observar por el primero supuesto, que se haze en contrario in num. 18. de ser la ley por donde se ha de regular la successio, vti ultra alia ab eo adducta his in terminis tenet idem Rojas dict. num. 3 1. ibi: *In re igitur ita dubia, & difficili questione, ut quo quo te vertas, omnia difficultatibus plena reperies, expedit eam resolvere cum distinctione casuum QVI OMNES SVBIVGIANTVR, VOLVNTATI INSTITVTORIS*, conque aviendo voluntad, y providencia en el Fundador, cessan las congeturas de si fue; porque à el primogenito le considero con otro mayorazgo, si le llamo con nombre proprio, ò apelativo, si le conocio, ò no el Fundador, de calidad, que naturalmente se entendiesen sus palabras, por su nacimiento, ò civilmente por ser el secundogenito à el tiempo de la successio, ni à otras congeturas, pues todas ellas ceden à la voluntad, y providencia de dicho Fundador, en que todos convienen, *leg. ille, aut ille 2. §. Scum in verbis de legat. 3. & notant prædicti DD.**

58 *En este llamamiento, como està fundado ex num. 73. in 1. allegat. militan razones, y causas, para que, aunque no huviera mas disposicion, que la que*

con-

contiene dicha clausula notada en contrario de Juan de Ibayzabal, no se estimara por mayorazgo perpetuo de segundogenitura; pero con lo demàs de la disposicion, queda sin especie de duda, porque dà poder, y facultad à su muger Doña Ana Fernandez Pablo, para que haga los llamamientos, assi del primer successor en vno de los hijos segundos de sus dos hijas; como absoluto, y libre de todos los demàs, segun se funda laramente in nostra allegat. toto punto 1. y se reconoce en dicho informe ex numer. 34. Y es cierto, y sin disputa, que pudo llamar libremente despues de dicho hijo segundo à qualesquiera hijos, ò nietos, y hazer regular, ò irregular el mayorazgo, compatible, ò incompatible, por aver recaido en toda aquella potestad que tenia el Fundador, como se funda ex num. 24. præsertim num. 26. & 27.

59 Siendo esto assi, y que Doña Ana Pablo despues del llamamiento de D. Juan Ponce, n. 8. hijo segundo de su hija mayor, à quien primero llamó, no se hallò con precisison de llamar à otro hijo segundo, y q̄ los hijos, y nietos, que ella llamó, han de succeder, sin q̄ contra lo que por dicha comissaria se dispuso, pueda reclamar ningun otro hijo segundo, por hallarse sin llamamiento; como puede fundar Don Geronimo por la calidad de segundogenito (que como despues se dirà no la tiene) si la voluntad de Doña Ana Fernandez Pablo no le assiste: ni por el llamamiento de vn segundogenito, con la calidad referida, de que pudiste elegir à el de vna, ò de otra hija, fundat vn mayorazgo de perpetua segundagenitura, contra la voluntad literal, y expresa de que despues succediesen, no los segundogenitos, sino los que fuesen llamados por dicha Doña Ana: y siendo, como es opuesta omnimodamente dicha facultad de elegir à dicha precisa calidad de segundagenitura, y que como tal la excluye, vt cum D. Molin. & alijs diximus in nap. 75.

60 Excluido este fundamento lo queda lo que infiere en los numeros siguientes , de que por el avia de obtener; pero sin embargo, para que por todos medios reconozca Don Geronimo que se halla sin derecho, también lo venia à estàr, aunque fuesse cierto el presupuesto , de que solo por el testamento de Juan Ibayzabal el mayorazgo era de segundogenitura : porque en el num. 25. reconoce que Don Juan Ponçe, primero llamado falleció sin succession el año de 45. à que era consiguiente, que Don Diego, num. 10. padre de Don Alonso se avia de subrogar en su lugar , como segundogenito, y entrar en la succession, excluyendo à Don Pedro Ponçe de Leon, num. 7. y à sus descendientes: reconoce que Don Pedro, num. 8. murió en el año de 55. conque quiere desde dicho tiempo considerar à Don Diego, num. 10. como primogenito, y à Don Geronimo, num. 12. por segundogenito, y successor.

61 Pero además de ser este discurso contra la expresa disposicion, y voluntad de Juan de Ibayzabal, como està fundado, que quiso que sucediesse el q̄ llamasse su muger, y de Doña Ana Fernandez Pablo, que hizo primero otros llamamientos , y entre ellos el de Don Alonso, se falta en la aplicacion , porque à Don Diego Ponçe desde el año de 45. le avia de considerar por poseedor de este mayorazgo, y siendolo , aunque despues recayera en la calidad de primogenito , no se le podia excluir, pues dicha calidad solo podia considerarse en el ingreso de la succession, sin que pudiesse obrar despues para la exclusion de la succession que en si tenia radicada, vt in terminis resolvit Doctor Ioannes Torre in dict. cap. 33. §. 2. num. 47. cuyas palabras por ser tan del proposito no deben omitirse, y son las siguientes: *Si verò secundogenitus iam fuisset ad successionem admissus, ad quam secundogenitus esset vocatus , si postea natus maior decederet, et ipse de secundogenito evaderet primogenitus, tunc continuaret in possessione, vt ait Bichius*

chius dict. decis. 602. nu. 39. nam ex dispositis à testatore in progressu successionis, inferri non potest, ut idem sit dicendum in ingressu, & contra. Valençuela conf. 97. num. 78. lib. 1. & alijs penes eundem Bichium dict. decis. 602. num. 39. & 40.

62 Y aunque desde dicho año de 55. en que murió Don Pedro, y Don Diego quedó sin hermano mayor, se considerasse la vacante (que no la intenta, ni considera Don Geronimo) aviendo sido poseedor legal dicho Don Diego, por el transcurso de diez años, este mayorazgo passava à Don Alonso, su hijo segundo, que era ya nacido: porque en el hijo segundo queda el mayorazgo de segundogenitura por regular, con llamamiento, è inclusion de todos sus descendientes, y si Don Diego Ponce, num. 4. que litiga, como hijo mayor, è inmediato à el mayorazgo de los Leones, no podia suceder, le tocava à Don Alonso, su hermano, hijo segundo, nam maioratus secundægenituræ decernitur secundum regulas constitutas in primogenito, ut omnes eius filij, & descendentes succedant ex Soccin. lib. 3. conf. 97. num. 12. Mieres de maioratib. 2. part. quest. 4. illat. 8. num. 334. Robles de representat. lib. 2. cap. 6. num. 5. D. Castill. lib. 5. tom. 6. contròvers. cap. 178. num. 11. Aguila ad Rojas 1. part. cap. 8. num. 30. Torre dict. cap. 33. num. 11. D. Geronimo in sua allegat. num. 35.

63 Y para que salga de su linea, que ya formo, la succession, es preciso que se evacue, y acabe, Rojas de incompatibilit. 1. part. cap. 8. num. 12. ibi: Decedat absque descendentibus, & num. 26. ibi: Adempto de medio fratre segundogenito, & ceteris eius linea, & in alijs num.

64 Y esto es lo mismo que se funda por D. Geronimo en el 2. supuesto, referido in numer. 20. & 21. de que se ha de atender para estas successiones à el tiempo de la vacante, sin que la calidad, que sobrevie-

ne post mortem possessoris, aut post tempus delatę successi-
onis, aproveche, que latamente funda in num. 21.
de que se infiere, que aviendo Don Diego Ponçe , nu-
mer. 10. padre de Don Diego, y Don Alonso , que liti-
gan, como segundogenito por tantos años sido succes-
sor, y poseedor, segun la forma que se idea por D. Ge-
ronimo , si se ha de atender à el segundogenito à el
tiempo de la vacante, lo fue D. Alonso por ser lo de D.
Diego, vltimo poseeder, su padre, y no à Don Geroni-
mo, transversal del dicho vltimo poseedor.

65 Y es lo mismo que resuelven los Auto-
res, que se citan en el 3. supuesto in num. 22. de que la
calidad del primero, ò segundogenito quando falta el
que por ella fue llamado, passa à el hermano inmedia-
to: porque hablan en terminos quando murió sin des-
cendientes antes de succeder, y no quando con efecto
succediò: porque en este caso tuvo efecto el llamamie-
to, y aquel derecho radicado en el padre, queda en los
hijos, sic tradunt Addentes ad D. Molin. lib. 1. cap. 5. nu-
mer. 20. § 21. ibi: *In principio*, funda, que se ha de aten-
der à el tiempo de la vacante , y prosigue con Mandel
Alb. conf. 382. num. 7. volum. 2. his verbis: *Ubi notat,*
quod ille qui prius erat secundogenitus, efficitur postea
*primogenitus, SI ANTE DIEM SVCCES-
SIONIS ille, qui verè primogenitus erat moriatur, vel ali-*
ter fiat inhabilis, idem tenet Hipolit. Rimin. &c.

66 D. Castill. lib. 5. controvers. cap. 93. §. 1.
num. 33. dende con Mantie. Menoch. y otros sigue esta
sentencia, y en el versic. *Addiderim ego*, aprueba vn res-
ponso de Decian. in conf. 7. num. 59. § 60. lib. 1. en que
excluye de la successiõ de cierto mayorazgo de se-
gundagenitura de estos Reynos de España à cierta mu-
ger llamada Ana, porque nunca llegò à succeder, y que
era la mayor à el tiempo de la vacante, ibi: *Quoniam*
ipsa etsi 6. fratres habuisset etate maiores, attamen
*TEMPORE DELATÆ SVCCES-
SIONIS*

ior inveniebatur, & primogenita tunc, non autem secundogenita.

67 Rojas de incompatibilit. 8. pars. cap. 7. num. 4. ibi: Hic secundogenitus dicitur ille, qui reperitur tempore conditionis evenientis, & sic tempore delatae successione, à quien sigue con las mismas palabras su Addicionador in eodem num. vers. Sed hac omnia.

68 El señor Don Joseph de Vela en la disertacion 49. que es la que corresponde (aunque por error de imprenta se cita la 45.) in num. 38. lo que dice es, que en el llamamiento del primogenito evacuada del todo su linea, se incluye el segundogenito, ocupando su lugar, ibi: Undè etiam si primogenitus filios, ac descendentes habeat, si tamen OMNES EXTINGUENTI ad lineam secundogeniti, qui primogeniti locum capit transitus fit, & sic deinceps, y lo prueba ex capitulo unico in fine de natura successione fandi, ex illis verbis: Sed omnibus ex hac linea deficientibus omnes alia linea equaliter vocantur.

69 Lo mismo refiere Hermosill. el señor Molin. y sus Addicionadores en los lugares q̄ se traen, conque aviendo Don Diego llegado à poseer por tantos años, como fue desde el de 45. en que segun el computo, que se haze en contrario por la muerte de su hermano Don Juan entrò por segundogenito hasta el de 55. en que murió Don Pedro, hermano mayor, y teniendo yà el dicho Don Diego en dicho año à D. Diego, y à Don Alonso sus hijos, por las mismas sentencias, y doctrinas de que se vale Don Geronimo, se halla excluido por aver faltado las dos condiciones necesarias para su aplicacion: la vna, de no aver llegado à suceder: la segunda, de hallarse con hijos, en quienes como hijos de poseedor primeros en grado, y de mejor linea, tempore delatae successione, se ha de continuar la successione, sin que passe à linea transversal, y contentiva, en que se halla Don Geronimo.

70 Esta consideracion tuvo muy presente Don Geronimo, y su Abogado à el tiempo de el informe, y reconociendo no convenia à su intento, discurriò por otro lado, ex dict. numer. 26. y fue no estimar por successores, ni poseedores en este mayorazgo à Don Iuan Ponçe, num. 8. primero llamado, ni à Don Pedro Ponçe, num. 7. segundo llamado, ni aun à Don Diego Ponçe, num. 10. llamado en tercero lugar; sino suponer, que caducaron sus llamamientos por averles sobrevivido à todos ellos Doña Lucia de Ibayzabal, num. 4. su madre, y que por la muerte de esta, que fue en el año de 1674. y usufructuaria que quedó por los dias de su vida, se causò la vacante, y que es el tiempo de la *vacante successionis*, à que se avia de atender, en el qual, porque Don Diego, num. 10. quando murió gozava de las prerrogativas de primogenito, dize que estas se continuan en sus hijos, y que Don Geronimo era el segundo genito, y en esto para toda su consideracion, que passa à probar en los numeros siguientes, con doctrinas generales, no applicables, como se notará luego.

71 Todo esto estriva en vna nimia subtiliza, *iuri, & præcipuè foro ininica, & omnino reiicienda, leg. si fideiussor. 29. §. quadam 4. ff. mandat. leg. 2. circa finem, Cod. de constit. pecun. cap. dilecti 6. de iudicijs, vbi D. Gonzalez numer. 9.* à que facilmente, y con el hecho real se satisface: porque contiene en si oposicion, y contrariedad. Don Geronimo en todo lo que hasta alli funda, es solo por el testamento de Iuan de Ibayzabal, sin valerse; antes bien impugnando la disposicion de Doña Ana Fernandez Pablo, su muger: Iuan de Ibayzabal no llamó à Doña Lucia, su hija, num. 4. si solo le diò facultad à dicha Doña Ana, para que hiziesse los llamamientos, llamando primero à el nieto segundo de qualquiera de las dos sus hijas: Doña Ana Fernandez Pablo fue la que nombrò por y usufructuaria à Doña Lucia; luego si todo este dis-

cur:

curso de Don Geronimo es limitado à el testamento primero: porque el primer llamado quiso que fuera el nieto segundo, como por vna parte le quiere por poseedor à este segundo nieto, para inferir, que por el han de tener perpetuo llamamiento los hijos segundos; y por otra para regular las vacantes, y successiones le excluye de successor, y poseedor, y à Doña Lucia la haze por primera, y vltima poseedora, sin ser hija segunda, y como quiere; si solo se vale del testamento de Iuan de Ibayzabal, fundar en el llamamiento que especialmente hizo Doña Ana Fernandez, su muger, quando esta le excluye, prefiriendo à Don Diego, y à sus hijos, *contra contrarietas, & repugnantia omnino sit evitanda ex adductis in l. allegat. in num. 57. & 58?*

Yendo consiguiente en su discurso, de que fuesse este mayorazgo de segundagenitura por el testamento de Iuan de Ibayzabal, la regulacion de las vacantes debia ser como vâ propuesta, que Don Iuan Ponce de Leon, num. 8. fue el primer successor, hijo segundo de Doña Lucia, à quien la misma Doña Ana Fernandez Pablo le entrò en la posesion en el año de 1633. vt diximus nu. 39. & 46. y que en el año de 45. si fuesse cierta dicha calidad de mayorazgo de segundagenitura, por su muerte entrò Don Diego, num. 10. en dicha succession, y en otra igual posesion por ministerio de la ley, como la que se avia dado à Don Iuan Ponce, de la qual teniendo hijos, y descendientes, como vâ fundado, no se le debia excluir, como no se excluiria à los hijos de Don Juan Ponce, despues que fuesse successor, aunque por la muerte de Don Pedro Ponce su hermano este huviesse quedado por primogenito, conque de esta forma Don Alonso venia à succeder, y no Don Geronimo.

Excluida esta regulacion de vacantes, no era necessario responder à las doctrinas, que se traen in num. 27. & seqq. para su comprobacion, por no ser apli-

cables: porque à el lugar de Rojas 1. *part. cap. 8. num.*
33. de estimarse por real la incompatibilidad, quando
se llama à el hijo segundo, en consideracion de que el
primero ha de suceder en otro mayorazgo, queda res-
pondido ex num. 54. con el mismo Rojas, y demàs Au-
tores, que se citan in num. 29. que no corre, ni se entien-
de, quando el Fundador diò otra providencia, como en
este caso, de que sucediesse el que se nombrasse, y lla-
mase por su muger. Ademàs de que como se dize in
1. *allegat. ex num. 85.* no llamó el Fundador à el hijo
segundo de Doña Lucia, sino à el hijo segundo de qual-
quiera de las dos hijas, à quienes conociò, y el hijo ma-
yor de la hija segunda, no se dize tuviesse mayorazgo,
conque no se verifica, que fuesse esta la causa de dicho
llamamiento, y queda tambien respondido à lo que so-
bre esto mismo se funda in num. 30.

74 Y vno, y otro se elide, y lo que se funda
in numer. 31. & 32. ex decission 51. del señor Larrea
num. 16. & D. Olea tit. 3. quæst. 4. num. 16. de que quan-
do se llama el hijo segundo, el tio excluye à los nietos
del primogenito: porque hablan en caso, quando no ay
voluntad contraria, como en este la ay, en que se llama
à los que eligiere, y nombrare Doña Ana, y quando el
padre, ni tuvo llamamiento, ni llegó à suceder, como
aqui le tuvo D. Diego, num. 10. y sucediò, y porque el
llamamiento del hijo segundo, à que podian aplicarse
dichas doctrinas, tuvo efecto, y se evacuò en Don Juan
Ponce, num. 8. y en esta presente vacante el que avia
de ocupar las prerogativas de hijo segundogenito, es
Don Alonso, num. 15. como hijo segundo de Don Die-
go, justo poseedor, y assi por este medio, quando fuesse
cierto, y legal, que no es, mal se incluye D. Geronimo,
antes bien està excluido.

75 En el num. 33. dize, que todo lo funda-
do se induce de la clausula del testamento de Juan de
Ibayzabal, sin necessitar de recurrir à las clausulas de la
dis-

disposicion de Doña Ana Fernandez Pablo, ibi: *Porque no necesitamos de ella para cosa alguna; pues luego que nombrò por successor à Don Iuan Ponce, numer. 8. como segundogenito, quedò el derecho de nuestro Don Geronimo, sin disputa por lo que dexamos fundado: este es el resumen de su alegacion, hasta dicho numero, sin hazer memoria, que para incluirle, necesitò de dár por vnica poseedora à Doña Lucia, num. 4. solo porque la llamò por usufructuaria en virtud de la facultad, que tenia para poner gravámenes, Doña Ana Fernandez Pablo: luego para alguna cosa, ò por mejor dezir para todo lo que trae en dicho informe, necesitò de recurrir à las clausulas de su disposicion, y si por ellas tambien se le excluye, por todos lados se halla sin llamamiento.*

76 Desde el num. 34. intenta fundar, que por los llamamientos, y disposicion de Doña Ana Fernandez Pablo se hallava tambien incluido por la clausula de Armas, y apellido, assi en Don Juan, num. 8. como en Don Diego Ponce, num. 10. y omite el de Don Pedro, num. 7. y en el num. 35. refiere à la letra la clausula, en que Doña Ana llama al hijo varon, que tuviese Doña Lucia de otro qualquier matrimonio, y en esta dize funda Don Geronimo, y mas hallandose con la calidad de segundogenito, y que la razon es: *porque la succession del mayorazgo de segundagenitura eodem modo regulatur, que el mayorazgo dexado à el primogenito, y concluye en el num. 36. con que quando no tuviese la calidad de hijo segundo, le bastava dicho llamamiento, por ser especifico à su favor.*

77 A esto està bastantemente respondido en nuestro informe, ex num. 66. & signanter ex num. 99. siendo lo primero, que Doña Ana no hizo en Don Diego, num. 10. incompatibles los dos mayorazgos, el litigioso, y el del Tesorero Leon, sino solo en el caso de que sucediese en ambos à vn tiempo: consta de las

misimas palabras, que se copian en contrario in eodem num. 3 5. ibi: *De manera, que à vn tiempo succeda en los dichos dos mayorazgos, que en este caso no succeda en este, que aora le hallamado, y llama, sino que succeda en el el hijo mayor, que tuviere la dicha Doña Lucia de otro qualquier matrimonio que tenga.* Don Diego no succediò con efecto pleno iure en ambos mayorazgos à vn tiempo: porque el de Ibayzabal no le gozò, ni vsufructuò, por averle sobrevivido Doña Lucia su madre, q̄ le obtuvo como vsufructuaria, hasta el año de 74. y aqui que quiere fundar en la disposicion de dicha Doña Ana, venia bien el discurrir por ella en esta forma esta vacante; y no, quando no se trata de esta disposicion, como en el num. 26.

78 Luego si solo en el caso de succeder à vn tiempo Don Diego en ambos mayorazgos, se halla llamado Don Geronimo, ibi: *Que en este caso, no aviendo llegado, ni verificado, pues no solo no succediò à vn tiempo Don Diego en ambos, sino que en este nunca succediò, como vâ dicho pleno iure en propiedad, y vsufructo, mal puede en virtud de el Don Geronimo succeder, mayormente quando el llamamiento literal, que tiene Don Diego, primero que Don Geronimo, si en esta forma no se estimara la voluntad, y disposicion, en ningun otro caso se podia verificar, como se funda in 1. allegat. ex num. 101. & num. 104.*

79 Et quando similis incompatibilitas strictè est interpretanda, & quatenus minus fieri possit læsiva primogenitis, Mieres de maiorat. 2. part. quest. 6. num. 494. D. Castillo tom. 6. cap. 180. numer. 15. § 16. Rojas 4. part. cap. 2. ex n. 5. § n. 16. nec extenditur ad alium casum, causam, vel personam, neque ex maiori tate rationis, cum D. Castillo lib. 3. cap. 15. num. 22. D. Latrea decis. 51. numer. 2. Doctor Ioannes à Torre de success. in maiorat. 1. part. cap. 33. numer. 21. § 22.

80 Lo segundo se responde, que primero
estàn

están llamados Don Diego, y Don Alonso, num. 14. & 15. en la forma, y con la distincion, que antes lo estavan los hijos de Don Pedro Ponçe, num. 7. que es, que succediesse Don Diego, como hijo mayor, quando no possyesse el mayorazgo del Tesorero Leon, y si lo possyesse, como le possce, que succediesse Don Alonso, hijo segundo, conque à Don Geronimo no se le niega su llamamiento, si que aya llegado el caso de èl; por no averse evacuado estos, que están primero, vt diximus in 1. allegat. num. 70. & ex num. 106. ferè in finem.

81 Y à la instancia de que se halla con la prerogativa de segundogenito, es repetir lo mismo que dexa dicho, y à que està respondido: porque atendidos los llamamientos de Doña Ana, primero està llamado el segundogenito de Don Diego, num. 10. que es Don Alonso, que no Don Geronimo, conque Don Alonso es el que tiene en esta vacante el llamamiento específico, que es lo que le basta por las mismas doctrinas de Alvaro Pegas *resolut. cap. 4. num. 121.* y de las palabras que se ponen à la letra, y del señor Larrea también traído en contrario, *decis. 51. num. 17. § 19.*

82 Desde el num. 37. entra el 2. artículo, y dize, que es para declarar con mas individualidad la exclusion de Don Alonso, y su hermano, y buelve à la calidad de segundagenitura, y que por muerte del primero, y segundogenito el terciogenito, se subroga en su lugar para su llamamiento, y en el num. 38. que aunque Don Diego, num. 10. estuviessse en posselsion, aviendo recaido en la primogenitura, no avian de succeder sus hijos, sino Don Geronimo por segundogenito, ex Rojas de *incompatibilitate, 3. part. cap. 5. ex num. 35.* y su Adicionador Aguila num. 13. § 20. *risque ad finem,* y dize se funda en 2. razones: La primera, que la prerogativa de primogenito se continua en toda su línea: La segunda, porque su exclusion para que succeda el segundo, es real, y lineal, & excluso patre omnes filij rema-

manent exclusi, y concluye in numer. 39. conque por ningun medio pueden tener intento.

83 A todo este discurso queda respondido con lo fundado ex num. 54. de que en este mayorazgo por la fundacion de Juan de Ibayzabal, no se halla ser de la calidad de segundogenitura; antes bien opuesto, y contrario, pues (salvo en el primer llamamiento, en que llamó à el nieto segundo, de qualquiera de sus dos hijas, el qual se cumplió, y evacuò con la muerte de Doña Juan Ponce de Leon, num. 8.) defirió la successió en los que se llamassen por Doña Ana Fernández Pablo, su muger, la qual despues de Don Diego Ponce, num. 10. llamó à sus hijos antes, y primero que à Don Geronimo, conque mal funda contra vn llamamiento expreso.

84 Además, que las autoridades, y DD. que se citan, no afirman, ni resuelven, que si el padre huviese se possedido el mayorazgo por segundogenito, y despues le sobrevinieste otro en que se huviesse sucedido por muerte de su hermano mayor incompatible con el que possiea, en caso de aver de dexar el que obtenia, este no huviesse de passar à sus hijos, y lo que controvierte es, si los avia de obtener ambos mayorazgos, ò dimitir el primero, sobre que reconocen las dos sentencias, la vna à favor del dicho segundogenito, mediante hallarse capaz, y sin impedimento à el tiempo que sucedió, y que por el caso que despues sobreviene, no se le debe excluir del derecho, y succession, yà adquirida, y efecto producido, y consumado, *ex leg. penultim. §. si placeat. ff. de verb. obligat. & eam sequuntur Gamma de cis. 27. Mieres de maiorat. 2. part. quest. 6. numer. 213. Cavallos commun. quest. 828. numer. 253. in fine. & sequent. D. Castell. lib. 3. cap. 15. nu. 3. 12. & seqq. & tom. 5. cap. 91. num. 59. Phæbo decis. 151. part. 2. ex numer. 31. Doct. Ioannes à Torre, & alij adducti num. 61.*

85 La contraria sentencia sigue Rojas en el lugar que se trae en contrario, 3. part. cap. 5. ex numer.

33. sub hac distinctione , que si el hijo segundogenito fue llamado por el Fundador ex nimio eius amore , & benevolentia, ò por odio, y enemistad, que tuviere à el primogenito, como esta causa sea especial respecto de la persona, reconoce , y se conforma con la sentencia comun, de que aunque por muerte del primogenito, el segundo recaiga en la primogenitura, no se le excluye de la successión.

86 Pero si el llamamiento fue por qualquiera de las otras tres causas referidas , y fundadas en los numeros antecedentes , ò yá de que se proveyese à ambos los dos hijos ; el vno , con vn mayorazgo ; y el otro, con otro, ò para hazer mas cabeças, y familias, ò la tercera para excusar la confusión, de que su mayorazgo se juntasse con otro, en qualquiera de estos casos, estima por real la incompatibilidad , y que no pueden concurrir en vna persona los dos mayorazgos , y esto resuelve, que se presume, quando no consta, ni se prueba, que fue por la primera causa, idest, ex odio primogeniti, vel ex singulari affectu secundigeniti, ibi : num. 34. *Presumptio erit, quod motus fuit institutor ex tribus supra dictis causis, vel ex vna earum, & proinde cum sint finales, exclusio realis est, atque in perpetuum prohibitus censetur concursus maioratum, & sic probare ait, quamvis non ita concludenter D. Castill. lib. 5. cap. 181. & D. Larrea decis. 51.*

87 Y responde en los numeros siguientes à la decisión de Gamm. y de más Authores que admiten el concurso de ambos mayorazgos con Flores de Men. *dict. decis. 27. in fin. Mieres numer. 210. y el P. Thom. Sanchez lib. 7. cap. 15. num. 30. & 31.* de que luego nos haremos cargo.

88 Vna, y otra sentencia refiere Aguila *dict. cap. 5. ex n. 13. in fin.* y también sus fundamentos, porque aqui se omiten, y assienta en el numer. 20. tener mas fuerza los de la primera sentencia, ibi : *Hæc fundamen-*

ta, non ita, licet à Gamm. proposita, fortiora sunt contraria sententia tela, y sin embargo manifestò no apartarle de la sentencia de su abuelo, y refiere vn caso, en que así lo decidió, porque el llamamiento estava debaxo de condicion negativa, *si alium maioratum non habeat*, que por su naturaleza pide perseverancia, & aptitudinem non tantum tempore delatæ successione, sed etiã postea, ex Authentic. *cui relictum, C. de indict. viduitat. tollend.* y porque se hallava con expresa exclusion del que tuvielle otro mayorazgo, ex verbis; quæ refert: *Con tanto, que en este mayorazgo no succeda el que fuere se successor de otro.*

89 Y en el num. 28. admite la decisio[n] de Gamm. porque aunque el llamamiento era del hijo que no poseyese el mayorazgo antiguo, tuvo por respectiva esta exclusion, à la persona, y no por lineal, ibi: *Ecce exclusionem respectivam directam ad personam eius, qui maioratus possessor sit: quibus apparet exclusionem esse personalem, non lineam*, conque por vltimo viene à resolver por la comun opinion.

90 Reconocida, como v[er] supuesta la controversia, y resolucio[n] de estos DD. se infiere no ser aplicable à el intento de Don Geronimo: Lo primero, porque aun en los terminos en que la disputa, y resuelve Rojas reconoce, y su Adicionador Aguila, que la contraria sentencia es la comun, y por ella se ha decidido, y determinado en gravissimos pleytos, como testifican Gamm. Zevall. y otros que v[er] referidos, vt sit ipse Aguila *dict. num. 20. Et à communi opinione, Et sententia non est recedendum, alias iudex facit litem suam*, Bartol. in leg. final, Cod. de p[œ]na iudic. qui malè indicavit, quem sequuntur DD. in cap. 1. de constitut. Zevall. *commun. in prefat. num. 16. præsertim, quando observari solet in foro*, Menoch. lib. 2. *presumpt. 71. num. 21. Zevall. ubi supr. num. 17.*

91 Lo 2. por ser la mas cierta, y fundada en
De 2

Derecho, como resulta de sus fundamentos, y lo reconoce, y confiese idem Aguila *dict. num. 20.*

92 Lo 3. porque los DD. en que funda su sentencia Rojas, hablan en terminos de ser expresa la incompatibilidad, con exclusion literal de el que posee otro mayorazgo, en que no es dudable ser real la incompatibilidad, para que no puedan concurrir en vna persona; y assi lo asienta Flores Diaz de Mena *in addit. ad Gamm. decis. 27. in fin.* que cita, y refiere sus palabras *in num. 37.* en que se incluyen las siguientes, ibi: *Quia ex eo quod testator onus non habendi duo primogenia, de quibus hic, alteri ex nepotibus, non nominatin, sed illi, qui succederet in illo, quod ipse fundavit imposuit,* conque fue el gravamen expreso à el que huviesse de suceder, que no tuviesse otro mayorazgo, que es caso muy distinto.

93 Mieres, que le cita *in num. 38.* reconoce ser de contraria sentencia, y solo dize la limita *in n. 210.* quando consta de contraria voluntad, por las razones expresas por el Fundador; pruebalo de las mismas palabras que pone Rojas, ibi: *In quo tamen existimo inspicendam mentem testatoris, & rationes, QVAS IN DISPOSITIONE INSERVIT, que strictissimè eandem interpretabuntur,* lo qual no es aplicable à nuestra causa; pues antes bien consta de voluntad conforme à la sentencia comun.

94 El 3. lugares del P. Thom. Sanchez *in precepta decalogi, lib. 7. cap. 15. ex num. 30.* el caso que alli disputa es, si en el mayorazgo fundado con expresa exclusion de Religiosos, Frayles, y Monjas, le podria obtener el que, despues de aver sucedido en el, tomò el Habito, y profesò, eo que refiere los fundamentos de vna, y otra parte, y sigue la negativa sentencia por la exclusion expresa, absoluta, y sin calidad de todos los Religiosos, y voluntad, de que conste, expresa, ò presumpta del Fundador, y por la muerte civil, que causa la proz

profelsiõ, quæ æquiparatur morti naturali, y à la decif-
fion de Gacum. de que tambien se haze cargo, responde
con la fentencia de Flores de Mena, que se funda en la
exprefsa exclusion, y voluntad, y eftos fon los terminos
en que refiere el cafo de dicha decifion el Padre Tho-
màs Sanchez, ibi num. 30. *Succedentem in maioratu
habentem claufulam, ut poffeffor illius non habeat alium
maioratum*, conque ninguno de eftos DD. de que folo
fe vale Rojas, fe opone à el derecho de Don Alonfo.

95 Lo 4. porque no es cierto el dezir, que en
cafo de no probarfe fer por caufa de odio, del primoge-
nito, ò por afeccion, y voluntad à el fecondogenito, fe
ha de tener por hecho el llamamiento del fecondoge-
nito por caufa de incompatibilidad, fi el primoge-
nito poffeia otro mayorazgo; pues antes bien que fuef-
fe efta la caufa, y no otra, debia probar el que intenta la
incompatibilidad, *cum fit odiofa, & non extenditur ad
aliam perfonam, vel caufam, quam expreffam*, como vâ
fundado ex num. 79. & tradit D. Castillo *toto dict. cap.
181. ex num. 4. & num. 8.*

96 Lo 5. porque en nueftro cafo no ay ex-
clusion del primogenito; antes bien literal llamamien-
to, hecho por Doña Ana: no ay llamamiento de mas de
vn fecondogenito, y no en efpecial, para que fe pudief-
fe congeturar, fi avia fido porque el primogenito tenia
el mayorazgo de los Leones, fino iacierto, y pendiente
de la voluntad de Doña Ana, para que llamaffe à el
que quifiere de qualquiera de las dos hijas, fin que en
el hijo mayor de la feconda fe aya opuelto, ni probado,
que tuviefle mayorazgo, para que fueffe efta la ypica
caufa final, como vâ dicho in num. 58. & 73.

97 Lo 6. porque aunque fueffe cierta la fen-
tencia de Rojas, no es aplicable: porque aqui no fe dif-
puta, ni duda por Don Alonfo, fi en Don Diego fu pa-
dre pudieron concurrir los dos mayorazgos, y fi teniê-
do el de Ibayzabal le debiò dexar, *fuccediendo des-*
pues

pues en el de los Leones , que es lo que corresponde à la incompatibilidad real , à diferencia de la lineal ; si solo que en virtud de el llamamiento hecho à su favor por Doña Ana , le ha tocado el controvertido, y ultimamente la incompatibilidad real de los dos mayorazgos, que es la que prueban las doctrinas, en que se funda Don Geronimo , y à sea por la primera fundacion, que es en lo que Don Geronimo iusta, y à por la de Doña Ana, que en el caso de esta vacante es la cierta; no le excluye, antes bien le asegura la succession: porque Don Diego, su hermano mayor obtiene el mayorazgo primero del Tesorero Leon, y por esto, como à su hermano segundo le toca, y ha sucedido en el de Ibayzabal.

98 Y el señor Castill. y señor Larrea, que dizc Rojas comprueban su sentència, aunque no tan concluyentemente, estàn à favor de Don Alonso , y de dichas limitaciones: porque la primera calidad, que pide el señor Castillo, es la exclusion expresa del primogenito, y llamamiento del segundogenito, *dict. cap. 181 a num. 2. ibi: Et inquiratur, utrum primogeniti, aut alterius, qui in proximiori gradu existat exclusio, & secundogeniti, aut alterius in remotiori gradu existentis vocatio.* La segunda condicion es, que se expresse la causa de aver excluido à el primogenito , para que su mayorazgo no se juntasse con otro, *ibi: in num. 4. Vt maioratus institutor detegeret, at que contenderet ne ab eo institutus maioratus cum alio simul iungeretur, aut uniretur, ita quadratio generalis fuerit, & in num. 5. illa ratio, & causa generalis, & finalis, quam institutor expressit, ne scilicet maioratus ab eo institutus cum alio iungatur*, y en los numeros siguientes lo repite en todos ellos, ò que concluyentemente conste, que fue aquella la causa que se quiere dàr , y que fue vnica , y no pudo ser otra, & in numer. 24. responde à la decisio de Gamm. con Flores de Men. en la forma que

và entendido in numer. 92. quia ratio , & onus non habendi duo primogenia , scripta fuit in dispositione , y en estos mismos terminos de incompatibilidad expresa habla el señor Larrea in dict. decis. 51. y vno , y otro , quando los hijos por si no tenian llamamiento , vt ait D. Castill. ex numer. 45. in finem , & D. Larrea numer. 28. & ex latius adductis in 1. allegat. ex num. 106.

99 En nuestro caso no ay exclusion de primogenito , antes bien ay llamamiento : por Don Juan de Ibayzabal no se expresa la causa , porque llamo à vno de sus nietos segundogenitos , ni dixo fue para que no concurriessen los dos mayorazgos , y Don Alonso por si tiene expreso llamamiento , conque todo esto no es contrario , y està à su favor.

100 Y en quanto à querer considerar en D. Diego , nu. 10. por causada la incompatibilidad , sin aver sucedido en ambos mayorazgos , segun se discurre por D. Geronimo , por el derecho habitual q̄ tenia à suceder , muerta Doña Lucia su madre , es opuesto à lo mismo que lleva fundado de q̄ para la incompatibilidad se atiende à el tiempo de latae successiois , sin que la qualidad , que despues sobreviene le perjudique , ni sea estimable , assi lo dexa fundado por segundo presupuesto in numer. 20. & 21. y si se ha de atender à el tiempo de la vacante , para reconocer qual es primogenito , ò segundogenito , es saltarle à esta resolucioin , el considerarle por aquel derecho habitual , que pudo tener el padre , y no por el real , y cierto del tiempo , en que se defirió la successioin .

101 Ademàs de que semejantes derechos habituales no causan incompatibilidad , y es necessario el concurso actual , vt tradit Rojas de incompatibilit. 7. part. cap. 6. num. 26. his aureis verbis : *Et nos in hac incompatibilitatis materia firmiter habemus pro regula , quod incompatibilitas non datur in habitu , sed in actu , ex Bald. in leg. in rebus , n. 9. Cod. de iure dot. versic. Vel pos-*
su-

sumus dicere, quod duplex est concursus, scilicet habitu, & actu, &c. & ibi: Alter est concursus habitu, sed non actu, & hoc modo bene concurrunt, ut hic Thomas Valascus allegat. 76. ubi num. 58. quod incompatible est, quod simul procedatur in eodem actu, & tempore.

102 Y prosigue fundandola latamente, & in num. 28. con el señor Molin. Valençuela Velazquez, Solorçano, y otros, que se dize tempus delatæ successio nis ibi: idest, *Quo successio maioratus defertur*, y la diferencia se reconoce, porque atendiendose à el tiempo de la vacante, ocupara el lugar de segundogenito el hermano de aquel, en quien se causa la incompatibilidad, y que se tiene por primogenito, ut ait idem Rojas in eod. cap. 6. num. 42. ibi: *Vel si pramoriatur relictis filijs, inter quos, tempore quo deferuntur, dividi debeant maioratus incompatibiles*, y dà la razon: *Ne detur transitus de una linea in aliam*, Torre dict. cap. 33. §. 8. ex num. 145. conque queda fundado, que aun por la forma que idea la succession Don Gerónimo, y sus vacantes, no podia incluirse.

103 En el num. 40. afsienta ser real, y lineal la incompatibilidad por la clausula del testamento de Doña Ana Fernandez, que prohibe que concurren juntos ambos mayorazgos; à que se responde, que en ninguno de sus nietos lo prohibiò, antes bien le permitiò expressamente en Don Pedro, num. 7. ut patet del segundo llamamiento referido in 1. allegat. num. 8. y en Don Diego, numer. 10. quando aun tiempo no succediese en ambos: consta de sus clausulas num. 9. & 10. y solo dispulo que se dividiesen en sus hijos, conque viene bien dicha incompatibilidad, para que Don Diego Ponçe, num. 14. no succeda, porque así lo declarò dicha Doña Ana, y que aya recaido en la succession Don Alonso, num. 15. en este caso llamado.

104 Desde el num. 41. funda la potestad, y facultad libre que tuvo Doña Ana para poder poner clau-

clausulas de incompatibilidad entre los que pudo llamar, y gravamenes, y condiciones, en que conviene cõ lo mismo que tenemos fundado in articulo. 1. nostre allegat. y siendo exclusiva de la calidad de segundagenitura, como vâ fundado, se dize por Don Geronimo in num. 43. & in num. 44. que correspondiõ en todo à la naturaleza de mayorazgo de esta calidad lo dispuesto por dicha Doña Ana, no siendo assi, en que tambien se advierte, que en su disposicion està llamado Don Alonso, con prelacion à D. Geronimo, & in numer. 46. conviene tambien en que Doña Ana Fernandez no excediõ en cosa alguna, conque no excediõ en el llamamiento de D. Alonso.

105 Y solo le limita, y dize excediõ en el de Don Pedro, num. 7. y que no le pudo llamar por ser primogenito, y aver querido el Fundador, que se hiziesen los llamamientos en hijo segundo; pero esto no es assi, ni se funda, pues solo el primer llamamiento es el que le ordenò fuesse en el hijo segundo de vna de las dos hijas, y que los demàs fuesen los que quisiesse, y si esta potestad fue tan libre, como lleva reconocido in num. 42. en que se puede fundar, que despues del hijo segundo no pudiesse llamar à el hijo mayor, siendo tal esta facultad, que es igual à la que tuvo el Fundador: vt cum Dom. Molin, Carpio, & alij tradit Rojas de incompatibilit. 1. part. cap. 6. num. 130. § 131. ibi: *Quia id quod potuit institutor, ac maioratus fundator, potest etiam eius mandatarius, & commissarius, cuius potestas à fundatore fuit,* y como à el proposito en terminos de comissario advierte el señor Sarmiento in leg. cum quidam 24. ff. de legat. 2. num. 22. no le prohibiõ, que no eligiesse, y nombrasse à el hijo mayor: luego le pudo elegir, ibi: *Nam ibi non deficiebat qualitas, cum nulla esset requisiti, sed cui voluisset dare, potuerit,* Aguila ad Rojas dict. 1. part. cap. 6. num. 387. ibi: *Sed quando potestas eligendi aliquibus legibus, seu conditionibus circumscripta concedi:*

ceditur, tunc satis est illi parere, & de cetero electio valida facta censenda est.

106 Desde el numer. 47. dize, que todo lo fundado es por la exclusion de Don Diego, num. 10. la qual recayò en los hijos, y que tambien se les excluye por sus personas. Y en el 49. que se excluye à D. Alonso, por ser hijo de primogenito, y que aunque se halla segundogenito, es de su padre, y no de los llamados; à que se satisface con que Don Diego su padre fue llamado, y fue poseedor, y Don Alonso tambien lo està por su persona por hijo de poseedor, y por la prelación de la linea, y por su expreso, y literal llamamiento, con que no es aplicable lo que se trae en el numer. 50. de la incompatibilidad real, y lineal, en que no solo se excluye la persona en que se causò, sino tambien à sus hijos, y descendientes: porque no es lineal esta incompatibilidad, como està probado, ni tal se presume, vt diximus in 1. allegat. ex num. 96. y Don Alonso no està excluido, antes bien llamado primero que Don Geronimo, ni aqui se prueba, ni funda semejante incompatibilidad, conque queda respondido à dicho informe.

RESPONDESE A LA ALEGACION DE
Don Diego Ponce de Leon, num. 14.

107 Hasta el num. 8. supone el hecho, y por notorias las fundaciones, que aora en esta instancia impugna, y sus llamamientos: funda aver sido el ultimo poseedor legal Don Diego, numer. 10. la prerogativa de la linea, y reconoce en el num. 8. la limitacion de la ley 40. de Toro, ibi: *Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que instituyò el mayorazgo*, y que la voluntad es la ley, por donde se ha de gobernar, y regular la sucesion, en que convienen todas las partes.

108 Y desde el num. 9. para responder à la pretension de Don Geronimo, se haze cargo del llama-

miento, hecho por Doña Ana Pablo, de que dicho Don Geronimo se vale; pero supone mal, que todo sucedió conforme à lo que dispuso dicha Doña Ana Fernandez, de calidad, que llegasse el dicho llamamiento: porque Don Diego no entrò en ambos mayorazgos à un tiempo, que es en el caso en que llamó à el hijo que Doña Lucia tuviesse de otro matrimonio, y primero està el llamamiento de los hijos de Don Diego, num. 10. con que teniendole primero Don Alonso, mal puede aver llegado el de Don Geronimo.

109 Desde el num. 10. viendose excluido por la disposicion de Doña Ana, la trata de impugnar, suponiendo, que excedió de la facultad, y aunque la halla tan ampla, y libre en el poder, vencido de la dificultad, dize està en creencia firme, que no la puso el Fundador, y que solo tuvo poder para el primer llamamiento, y que las demás clausulas para poner gravámenes, y condiciones (omite aquí la principal, aunque en el hecho la copia in num. 2. ibi: *La doy poder para que haga los llamamientos para la sucesion del dicho vinculo, y mayorazgo, à que se siguen las que refiere, gravámenes, y condiciones que quisiere poner*) son de estilo, y no obrán, ni tienen fuerça alguna, cum D. Molin. lib. 4. cap. 2. numer. 45.

110 Que esta sea clausula de estilo, no tiene mas comprobacion que su nuda assercion, sin que de ella hable el señor Molin. y antes bien es principio, en que todos convienen, que la facultad, y poder del comissario, se ha de regular por la que se refiere, y contiene en el testamento, en que se le concedió, y en sus palabras que tanto obran, quanto suenan, como està fundado in 1. allegat. in numer. 20. 21. & 22. & perse pater.

111 Además, que aunque fueren (que como và dicho, no son) clausulas de estilo, no es dudable, que obraran, y produxeran su efecto, pues vino, y con-
fin-

sintió en ellas, el que con esta calidad dió, y otorgó el poder, y esto es lo que asienta, y afirma el señor Molina, en el mismo cap. 2. citado en contrario: porque aunque en el num. 43. refiere las palabras, que se copian, y traen à la letra, para fundar que la clausula de no revocar puesta en la fundacion del mayorazgo, no le haze irrevocable, fue por razon de dudar, siguiendo, como siguió la contraria sentencia, ex nu. 45. à la qual in num. 51. responde, his verbis: *Similiter non obstat quartum fundamentum contraria opinionis, quod hac clausula de stylo Tabellionum apponi soleat, atque ideò non operetur effectum; id enim pluribus iuris principijs aduersatur, cum Notarius semper censeatur rogatus à partibus, ut clausulas consuetas apponat, easque de voluntate partium censeatur apponere, leg. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de edit. edict. leg. final. Cod. de fideiusso. id. que Felin. num. 6. Dec. num. 6. Ripa num. 47. Et communiter Scrib. in cap. cum M. Ferrariensis de constitui. notare solent, &c.* hasta aqui el señor Molina, conque si esto lo funda solo en la autoridad de tan grave Doctor, con el mismo se le responde, y la tiene en contrario.

112 Desde el numer. 12. passa à esforçarlo, conque para hazer llamamientos era menester clara voluntad, y que solo podia disponer aquello para que se le dió, y que avia excedido en passat à hazer llamamientos, y poner clausulas de incompatibilidad, &c. in num. 16. que aunque pudo instituir, y llamar à D. Juan, num. 9. no pudo substituir: porque espiró con dicho llamamiento su poder, y en el num. 18. porque las palabras, que pudiesse poner los gravámenes, y condiciones, miravan à el gravamen de armas, y apellido, y no se podian estender à llamamientos tan irregulares, y vteriores, y en el num. 20. que semejante extension no podia caber en entendimiento humano, y de esta forma và fundando, y en que las clausulas generales se han

de

de entender por lo que se exprefsò, y no à mas, vsque ad num. 32.

113 A todo esto està respondido con la clausula del poder de que Don Diego Ponçe no se quiso hazer cargo : porque aviendo primero prevenido que succedieffe el hijo segundo de qualquiera de sus dos hijas, *que escogiere* Doña Ana Fernandez su muger, *profigue, que le dà poder para que haga los llamamientos;* de los que huviessen de suceder en el vinculo, sin que hizieffe alguno dicho Fundador, conque siendo expreso el poder *para hazer llamamientos,* que es instituir, y substituir, no ay duda que si se huviera advertido por la parte de Don Diego esta clausula, todo lo que en otros numeros funda, huviera escusado, por ser expresa, y que por los mismos lugares de Azevedo, y otros de que se vale, es sin duda tener fuerza, y averse de guardar, y que pudo hazer qualesquier llamamientos regulares, e irregulares, vt diximus in 1. allegat. ex num. 23. maxime numer. 28. y poner clausula de incompatibilidad, *pum alio maioratu,* como alli se funda num. 36.

114 En el num. 32. dize es en terminos el lugar de Micres *de maioratib. 1. part. quest. 48. num. 68;* cuyas palabras trae à la letra. Y en el num. 33. que no le faltò à el Autor mas que poner los nombres; pues es el caso èl por èl (assi dize) el de este pleyto; pero con el mismo lugar, y palabras que traslada se le responde, y prueba serle contrario, y no aplicable à su intento. El caso fue de vna madre, que fundò mayorazgo en vna hija comun, y despues de ella llamò à su hijo mayor, y luego diò facultad à el marido para que pusiera las condiciones, vinculos, y gravamenes: el marido dispuso, que si el hijo mayor de la primera llamada possyesse otro mayorazgo, no succedieffe en el de su muger, contrario, y la decission fue, que el marido no lo avia podido hazer, *ibi: Neque alterare potuisse successionem filij maioris, quem dispositio textatricis, iura, & consuetudines Hispanie vocabant.*

115 La diversidad de este caso del de este pleyto es por si notoria: porque en el de Mieres el marido puso el gravamen de incompatibilidad à el hijo mayor de la hija, que literal, y expressamente avia llamado la Fundadora, con el qual le venia à excluir, y revocar dicho llamamiento, y esto sin duda no lo pudo hazer; y en el caso de este pleyto dicho gravamen, y condicion de incompatibilidad le impuso Doña Ana Pablo, no à el llamado por el marido, sino à los que ella eligió, y nombrò en virtud de la facultad que tuvo para elegir, à quienes pudo no llamar, y preferir à otros, y por esta causa es comun resolucion, que entre los que pudo llamar, pudo hazerle irregular, è incompatible con otro mayorazgo, como vò fundido n. 105. & 113. porq̄ vsa de su facultad, y poder, y no se altera, ni o pone à lo q̄ el Fundador avia dispuesto, como en el caso de Mieres, que es en lo que se fundò la decisión, ibi: *Neque alterare potuisse successionem filij maioris, quem DISPOSITIO TEXTATRICIS, iura, & consuetudines Hispania vocabant.*

116 Ademàs de que alli no le diò potestad para hazer llamamientos, sino para poner condiciones, y gravámenes; y en nuestra fundacion la tuvo para hazer los llamamientos, poner los gravámenes, y condiciones que quisiere, en que no se ha advertido, ni hecho cargo Don Diego, como vò dicho, con que se responde alsimilino à la sentencia de Noguero *allegat. 9. num. 72.* pues ni vno, ni otro habla en terminos para hazer llamamientos, sino solo para poner gravámenes.

117 Y esta distincion la previene, y funda idem Noguero en varias partes, *dixit allegat. 9. & signanter in num. 76.* donde trata de la comission para poner gravámenes, y condiciones, & in num. 77. para hazer llamamientos, y la resuelve, his verbis: *Nonò hoc confirmatur ex resolutione, D. Molin. lib. 2. cap. 5. num.*

4. ubi tradit, quod qui habet facultatem eligendi succes-
sorem, potest eligere remotiorem de familia, & proxi-
miorē omittēre, sed omnes de familia debent esse, se-
quitur Gutierrez, practica. lib. 2. quæst. 67. num. 3. Ce-
vall. quæst. 265. num. 6. Paz, de tenuta, cap. 34. numer.
107. & seqq. Fuffar. quæst. 380. num. 17. profigue en los
numeros siguientes en cóprobacion de dicha distinció.

118 Dize en el numer. 34. que la condicion
de incompatibilidad es contra Derecho divino, y hu-
mano, y como torpe, ò imposible habetur pro non
scripta, y en los numeros siguientes, que la disposicion
por dicha condicion no se vicia del todo, y el mayoraz-
go queda regular: si semejante clausula fuera contra
Derecho divino, y humano, ño la pudiera poner por sí
el Fundador; esto es tan sin fundamento, & tam contra
ius, & praxim, y contra la libertad en el testar, Authen-
tic. de nupt. §. disponat, leg. 1. Cod. de Sacrosanct. Ecclesia
que fuera ociosa mas prueba; luego sino es torpe, ni im-
posible en el Fundador, tampoco lo es en su comissa-
rio, por regularse entre ellos por igual, y vna misma po-
testad, idem Mier. 1. part. quæst. 48. num. 11. ibi: *Habeat
quantum ad hoc eandemmet potestatem, quam testator
habeat faciendi electionem inter filios*; Rojas 1. part.
cap. 6. num. 131. ibi: *Quia id quod potuit institutor, ac
maioratus fundator potest etiam mandatarius, & com-
missarius.*

119 En el num. 35. se vale de la clausula, en
que se dize: *Que haze los bienes mayorazgo conforme à
las leyes de Castilla*, y la repite in num. 49. en que nos
remitimos à lo respondido in nostra allegat. num. 38. &
sequentib.

120 Y en lo que funda en los num. 37. y 38.
convenimos por no oponerse à el derecho de Don
Alonso.

121 Desde el num. 39. passa à fundar la ex-
clusion de Don Alonso, y hasta el num. 47. con elegancia.

cia, que no por aver ordenado Juan de Ibayzabal, que el primer llamado fuesse el nieto segundo de qualquiera de sus hijas, se avia de entender por perpetuo mayorazgo de segundagenitura, en que conviene Don Alonso, y tambien lo funda, como vâ dicho, por no fundarse en dicho primer llamamiento; sino en los hechos por Doña Ana Fernandez, por la facultad que tuvo de elegir, y hazer llamamientos, y aver llamado à el hijo segundo de Don Diego, num. 10. quando el mayor possyese el mayorazgo, como lo possée Don Diego, numer. 14. del Tesorero Leon, como se funda in 1. allegat. cx num. 52.

122 En el num. 47. se vale de la disposicion de Doña Ana Fernandez en los primeros llamamientos de Don Juan, su nieto segundo, y de sus hijos, que lo està en forma regular, para inferir, que por esta causa quedò interpretada la voluntad del marido, que fue de hazer vn mayorazgo regular, y que semejantes declaraciones de los que trataron, y comunicaron à el Fundador, son de grande autoridad, como lo notò el señor Molin. lib. 1. cap. 8. num. 28.

123 Pero reconoce ser contrarios, y opuestos à su concepto, y pretension los llamamientos siguientes, con los quales dize, que està varajada, y confundida dicha disposicion, & in num. 48. que fuera absurdo, que en los hijos de Don Juan fuesse mayorazgo regular, y en los de Don Diego irregular, cum semel factus maioratus regularis, amplius irregularis nequeat considerari, sicut causa semel facta appellabilis. semper remanet appellabilis, & alterata natura rei, remanet semper alterata, ex leg. minor annis. ff. de minorib. & D. Salgad. de Regia protect. 2. part. cap. 13. num. 110. y que vna cosa no debe juzgarse por dos causas contrarias, Hieronym. Gonçal. ad regul. 8. gloss. 24. à num. 92.

124 Esto, que parece tiene algun color, admite facil respuesta, pues no duda Don Diego que se

excluye la disposicion de Doña Ana, y que le obstan los llamamientos, que hizo, como comissaria, y que conforme à ellos no puede succeder, siendo, como es poseedor del mayorazgo del Tesorero Leon, y solo disputa sobre la facultad, y potestad, que siendo, como fue libre, y para hazer llamamientos, como vò fundado, y que pudo despues del primer segundogenito preferir el menor à el mayor, la hembra à el varon, y el mas remoto, à el mas proximo, y hazer todo aquello que pudo hazer el Fundador, poniendo clausulas de incompatibilidad, limitada, ò absoluta, no tiene inconveniente la calidad de los llamamientos, que se impugnan en contrario, pues se comprehenden en dicho libre poder, y facultad, y ni se funda, ni consta que obrasse con exceso. Y si por lo mismo que dispuso, y obrò, se explica su facultad, como se dize en contrario; ex eadem auctoritate, & doctrina, aqui assi està entendida, è interpretada.

125 A que no se oponen, ni es aplicable la doctrina, y sentencia del señor Salgado *dict. cap. 13. ex num. 110.* porque habla en materias individuas, y publicas, como son los juyzios, y quando se oponen, y contienen contrariedad, vt rectè tradit in numer. 117: diziendo expressamente, que fue este el fundamento que le movió para dichas resoluciones, his verbis: *Insuper, & ad suprà dicta moveor, quoniam, (vt suprà diximus) processus iudiciales, & extra iudiciales sunt directo contrarij, & ad invicem oppositi, quemadmodum albedo nigredini, & latè docet Baptista de Sancto Blas. in dict. tractat. de arbitro, & arbitrar. à princip. & per totas questiones, & incompatibiles esse docet Bald. in leg. 3. ff. de militar. testam.*

126 *Et in contrarijs, seu in incompatilibus uno remedio, seu actione electa consumitur alia, & nullus ad eam datur regressus, leg. final. Cod. de codicill. ibi: Sciens se unius electione alterius sibi additum praeclusisse,*

zielle los demás llamamientos (en que en ninguna parte del informe se haze cargo Don Diego) y que pudiese los gravámenes, y condiciones, que quisiese, y del de Doña Ana Fernandez, que usando de dicha facultad, le llamó primero, que à Don Geronimo, y con exclusion de Don Diego, num. 14. su hermano, si possyeste, como posee el mayorazgo de los Leones, conque queda respondido à dichos informes, con la brevedad que se reconoce, por està fundado laramente el derecho de Don Alonso, con exclusion de los contrarios en su primer informe, à que nos remitimos; conque parece tiene intento para que se confirme la sentencia de vista, con condenacion de frutos desde la ocupacion, y assi lo espera: *Salva in omnibus D. V. D. C.*

*Doct. Don Estevan Joseph
de Zaldierna y Mariaca,
Cathedratico de Sexto.*