



## CASO QUE SE PROPONE EN LA CONSULTA.



El Teniente General de la artilleria del Reyno de Galicia, Miguel Garcia de Valcarce, dotò, y fundò de sus bienes, y hazienda, en la Parrochial Iglesia del señor Santiago de la Ciudad de la Coruña, vna Capellania para su entierro, y sepultura, y deja el Patronato della, al Alferez Miguel Garcia su hijo legitimo, y à sus herederos; y *no los teniendo*, manda, que sea Patron el mayordomo, y Rector de la dicha Parrochial Iglesia del señor Santiago.

¶ Sucedió en este patronato, por muerte del fundador, el dicho Alferez Miguel Garcia su hijo legitimo, que auendosi casado, tubo muchos hijos, y entre ellos, al Capitan don Miguel Garcia de Reinoso, que le heredò, y caso con doña Antonia de Pazos y Vallo, à quien por no tener hijos, en el testamento con que murió, la dejó por vniuersal heredera de sus bienes.

¶ Con la suposicion deste hecho, se duda lo primero, si la palabra, *herederos*, de que usa el fundador, diciendo, *que no los teniendo su hijo el Alferez Miguel Garcia, le suceda el mayordomo, y Rector de Santiago*, se ha de entender de hijos legitimos, y herederos descendientes, ò de otros, que lo sean estraños, y fuera de la sangre del fundador, como lo es doña Antonia de Pazos.

¶ Dudase lo segundo, si luego que el Alferez Miguel Garcia, primer instituido, y llamado en la sucesion desta Capilla, y Patronato, tubo hijos, y entre ellos al Capitan don Miguel Garcia de Reinoso, que le heredò, y sucedió, ceso, y quedó caduca la substitucion, y llamamiento, que à falta de herederos, tiene en su fauor el mayordomo, y Rector de Santiago, de manera, que dicho Capitan don Miguel Garcia de Reinoso, pudiese libremente testar, y disponer deste derecho, y mandarlo, como lo mandò à su muger doña Antonia de Pazos, heredera vniuersal, que ha sido de sus bienes.

A

RES.



## RESPONDESE A LA PRIMER DVDA.

**E**N quanto à lo que se propone en la primer duda, por el tenor, y forma de la clausula parece, que el llamamiento, y nombre de *herederos*, de que vfa, y habla el fundador, se entiende, y comprehende propria, y absolutamente à los estraños: porque dicho llamamiento, y nominacion de *herederos*, es general, y no restrictivo, y limitado solamente à los de sangre. (1)

Y quando el fundador nominara los herederos, con calidad, y titulo especifico de suyos, se deuia entender, este modo de nominacion, y llamamiento, no solo de los herederos propios de la sangre, si no tambien de los demas estraños, que por testamento, y otro derecho le tubieren, para succeder en el beneficio, y sustancia de la herencia. (2)

Lo qual es mas sin duda, aunque la palabra, y termino, *herederos*, se quiera interpretar, y entender de modo, que parezca, que el fundador quiso, y determinò por ella su voluntad en fauor de los hijos, y sucesores descendientes, *viderique eum deliberis sensisse*, como destas palabras se infiere, y saca de la ley. (3) La qual denota in propiedad en el verbo, *videri*, que contiene; y nunca por esta presuncion, y conjetura, se descubre, y muestra la verdad enteramente, y assi se ha de estar al riguroso significado, y sentido de la voz, y termino, *herederos*, que se dizen, y deriban, *ab hereditate, & successione*. (4) Y no por hijos, y descendientes se nombran, y llaman *herederos*, sino por la propiedad, y dominio, que se adquiere en la succession, y fruto de la herencia. (5)

Y que sea, como es, distinta cosa el llamamiento particular, y expecifico de hijos, al general que se haze, y forma de herederos, ninguno lo ha dudado: porque los hijos, absolutamente llamados, no exceden, ni pasan, para este fin del primer grado;

(1) L. sciendū, l. hereditas, ff. de verbor. significat. l. in annalib. C. de legat. Bartolus in l. Gallus, & etiam si parente, ff. de liberis, & posthumis, Tiracuellus, de retractu conuentionali. §. 1. gl. 6. n. 26. Antonio Gabriel, lib. 6. communiam tit. de verbor. significat. conclusion 2. n. 1. & 2. quia verbum haeres comprehendit haerem extraneum, l. si patrum §. ff. de probationib. Alciato, Barrio, & Imola, in c. in praesentia de probationibus.

(2) Castillo libr. 5. controuersiarū cap. 96. n. 1. Pichardus, in fabrica inst. de haereditum qualitate, & differentian. 2. Antonio Gabriel, vbi supra n. 2. Corneo consil. 272 an. 4. tom. 4.

(3) L. ex facto 17. §. fin. ff. ad S. C. Trebel ibi, *viderique eum de liberis sensisse*.

(4) L. haered appellatione ff. de verbor. significat.

(5) §. Vltimo, de haereditum qualitate, & differentia: *quia dicitur haeres, non quia filius, sed quia dominus*, gl. in l. 1. ff. si certum petatur.



do; y si se llaman con titulo, y nombre de herederos, no solo se comprehenden, y es visto llamarse a dichos hijos, y descendientes, si no tambien a los demas, que fueren estraños herederos. (6)

(6) L. annalibus, C. de legatis vbi, in relictio Titio, & eius heredibus, dicuntur vocati heredes honoru in infinitum, etiam extranei. Vincentius Fursarius, de substitutionibus, q. 339. n. 1. & 8.

Lo qual procede mas sin duda en nuestro caso: porque el fundador de la Capilla, y Patronato, llamo, *discretive, & de perse*, a su hijo Miguel Garcia, y a sus herederos, cuyas palabras, puestas despues del nombre de hijo, se aplican, y entienden de los estraños herederos. (7)

(7) Vincentius Fursarius, de substitutionibus, dicta q. 339. n. 2. 1. Surdus cõsil. 554. num. 8.

Y siendo el dicho Patronato de calidad indifferente, y transitoria, capaz de succeder en su derecho los estraños, es cierto, que se incluyen en la nominacion general, y llamamiento de herederos. (8)

(8) Quia appellatione heredum, veniunt omnes heredes etiam extranei, maxime in materia transitoria ad extraneos. Speculator in tit. de locato §. nunc aliqua vers. 113. Rota apud Coccin. decis. 250. n. 2.

Y no parece, que el Teniente general Miguel Garcia, auiedo substituido al mayordomo, y Rector de Santiago, en el uso de la Capilla, y Patronato, para en caso que su hijo el Alferrez Miguel Garcia no tubiese herederos, quiso por este medio excluirse a los estraños, ni priuarle de la librefaccion de testamento, en que les padiese nombrar, faltádole hijos, y propios descendientes. (9)

(9) Nihil enim est quod omnibus magis debeatur, quam ut liberum sit supræme voluntatis arbitrium, l. 1. c. de Sacrosanctis Ecclesijs leg. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obligationibus.

En cuyo concurso decimos, q no hazen competencia, ni suponen los estraños, ni el derecho, y ley, que resulta de la voluntad del fundador, les admite, y quiere, si no quando la bocacion, y llamamiento se haze sin causar perjuicio, y daño a los legitimos; los quales nunca parecen excluidos en la institucion, y nombre de herederos, en que tambien se incluyen, y entienden desta forma llamados los estraños por la general, y absoluta disposicion, con que llama el fundador su hijo, y herederos, significando los legitimos, y estraños, para que se puedan instituir a falta dellos. (10)

(10) L. cum abusu ff. de condit. & demonstrationibus, l. cum acutissimi, Cod. de fideicom. Marefcoto lib. 1. variarum cap. 21. n. 16. ibi; quia lex solum aboret interpretationem, per quam presumamus testatorem, voluisse alienam sobolem, proprie preferre. Vbicumque ergo id non succedit, nihil intersit si vocati sint extranei vel non, dum ipsi non excludant propriam sobolem.

Y assi parece, que doña Antonia de Pazos esta legitimamente instituida en el uso de la Capilla, y Patronato, como heredera vniuersal del Capitã



4  
don Miguel Garcia de Reynoso, fu marido, que  
no tubo sucesion, ni descendientes, en cuyo caso  
pudo testar en fauor de los estraños, para lo qual  
no se halla contraria voluntad en el testamento, y  
ultima disposicion del fundador, y teniente gene-  
ral Miguel Garcia, que nombrò por heredero  
sucessor à su hijo el Alferez Miguel Garcia, y à  
sus herederos, como lo fue el dicho Capitan don  
Miguel Garcia de Reynoso, en quien parò el Pa-  
tronato, y la libre faccion de disponer, y testar des-  
te derecho. (11)

(11) Cardinal. Mática, decif. 249. n. 7. ibi, quia testator voluit filij relinquere, liberam facultatem testandi, diximus, supra num. 9.

Sin que obste la substitution, y llamamiento, q̄  
el dicho fundador, y teniente general Miguel Garcia hizo del mayordomo, y Rector de la Parro-  
chial Iglesia de Santiago, para en caso, que su hijo  
el Alferez, D. Miguel Garcia, primero llamado succe-  
sor, no tubiese hijo, y herederos.

(12) Marefcoto lib. 1. y ararum cap. 21. n. 16. ibi, substitutus si sit vocatus post mortē filij si sine filijs dece- rit, existentia vnus filij facit deficere con- ditionem, sub qua sub- stitutus extraneus erat vocatus.

Porque auiendo los tenido, y por legitimo suc-  
cesor, en el uso de la Capilla, y Patronato, al Ca-  
pitan don Miguel Garcia de Reynoso, que le so-  
breuiniò; es cierto, que por este medio faltò la  
condicion, con que se hizo la substitution, y llama-  
miento del mayordomo, y Rector de Santiago, y  
asi quedò extinta, y caduca, sin efecto la dicha  
substitution, y llamamiento; (12) y libre la fa-  
cultad de testar, y disponer al Capitan don Mi-  
guel Garcia de Reynoso, vltimo llamado succe-  
sor, y sin grauamen de restituir al substituto, este  
derecho, como mas claramente constara de la res-  
puesta, y ajustada resolucion de la segunda duda.

#### RESPUESTA A LA SEGUNDA DUDA.

**S**UPUESTO, que el fundador de la Capilla,  
para el derecho, y Patronato della, llamó à  
su hijo el Alferez Miguel Garcia, y à sus herederos;  
y no las teniendo, substituyò en su lugar, al ma yor-  
domo, y Rector de Santiago, parece indubitable,  
que teniendo, como tubo el dicho Alferez Mi-  
guel



que Garcia, entre muchos hijos, al Capitan don Miguel Garcia de Reinoso, que le sucedió, quedó por este medio caduca la substitucion y llamamiento del dicho Rector, y mayordomo, y en todo cesaron los efectos della. (13)

Asi lo determina, y dize vna ley, y texto ciuil, donde se propone, que cierto testador, no teniendo sucesion de su muger, la mandò el usufructo de vna heredad, y predio que tenia, con su propiedad, para en caso que la dicha muger tubiese descendientes; y auindole sucedido el parto de vn hijo que tubo despues, y murió presto, se dudò si por esta causa perdia la propiedad, y derecho del legado; à que respondió el Emperador Seuero, y Antonino, que no: porque bastaua el momentaneo cūplimiento de la condicion, cuyo caso llegó teniendo el hijo, para q̄ por esta causa deuiese gozar la dicha propiedad, y fruto del legado. (14)

Lo mismo, y enterminos mas propios se halla en otra ley, que decide nuestro caso: porque el Jurisconsulto Sceuola propone, que vn testador instituyò herederos à sus hijos, y les grauò por fideicomisso, que si muriesen sin descendientes, restituyesen la herencia al sobreuiuiente, y en su caso à la madre, y auiendo tenido hijos, que murieron viuiendo el heredero, se dudò del grauamen del fideicomisso, y si se deuia dar al substituto, por causa de auer faltado los hijos, y descendientes; à que respondió el Jurisconsulto, que no: porque con la existencia de los hijos, aunque muriesen despues, se extinguió, y espiró el fideicomisso; y el heredero grauado quedó libre, con el beneficio, y derecho de la herencia. (15)

Y si en los casos referidos, aunque ante murieron los hijos, y descendientes del grauado, se extinguió, y acauó el fideicomisso, y cesò el llamamiento, y derecho de suceder el substituto: por que se tubo, y juzgó purificada la condicion, con la

*... leg. hered. in principio ff. ad Trebelianum, l. qui in testamento, ff. de conditionib. & demonstrationib.*

(13) Leg. hered. in principio ff. ad Trebelianum, l. qui in testamento, ff. de conditionib. & demonstrationib.

*... l. cum uxori 4. C. quando dies legati vel fideicommissi cedat, ibi, Cum uxori usufructus fundi legatus, & eius proprietatis, cum liberis habuerit nato filio, statim proprietatis legati dies cedat: nec quicquam obest, si is deceat.*

(14) L. cum uxori 4. C. quando dies legati vel fideicommissi cedat, ibi, Cum uxori usufructus fundi legatus, & eius proprietatis, cum liberis habuerit nato filio, statim proprietatis legati dies cedat: nec quicquam obest, si is deceat.

(15) L. heredibus 77. ff. ad S. C. Trebellianum, ibi, quia si rum est, si quis ex liberis duos filios procreauerit, an hered. eius fideicommissum debeat.

Respondit, secundum ea que proponerentur, videri fideicommissi onere liberatos. glosa in dictis legibus, vbi Accursius, qui alias est, & exornat.



la momentanea, existencia, y vida de los hijos, sin embargo, que faltaron despues, y premuriaron: porque en los actos, y disposiciones condicionadas, se atiende solo al principio, y primera causa, y cumplimiento de la condicion, y no se cuida del accidental efecto, y caso della. (16)

Parece, que esta consideracion se estrecha mas en nuestro caso: porque el Alferez Miguel Garcia, primero llamado a la Capilla, y Patronato, no solo tubo hijos, que existieron, si no que tambien murió con ellos, dejando heredero con esta calidad al Capitan don Miguel Garcia de Reinoso, que le sucedio, por cuya sobreuiencia espirò, y cesò la substitucion, y llamamiento condicional, del mayordomo, y Rector de Santiago; para en caso, que al dicho Alferez Miguel Garcia faltasen herederos; y assi auiendolos tenido, aunque despues faltase, como faltò, la sucesion, y descendencia de su hijo, quedò caduca la dicha substitucion, y llamamiento del Rector desde el principio, que la condicion, con que fue llamado, faltò en la primera existencia de los hijos, que tubo el dicho Alferez Miguel Garcia hijo, y heredero, q̄ deyo, a que se debe estar, y no al defecto casual, y falta dellos. (17)

Y no auiendo llegado el caso de la condicion, con que fueron substituidos para suceder en la Capilla, y Patronato el mayordomo, y Rector de Santiago, nunca podran decir, que con el sucesso de la muerte de los descendientes del fundador de la Capilla, tienen al derecho della, llamamiento perpetuo gradual con orden sucesiuo, (18) pues solo se hallan con vna substitucion fideicomissaria, puestos en condicion, que faltò, por auer lo contrario della sucedido. (19)

La qual se comprueba, y verifica, porque el Alferez Miguel Garcia, primer instituido, y llamado al vfo de la Capilla, y Patronato, tubo hijos

(16) Leg. in substituzione, ff. de vulgari, l. fin. § 1. C. de indietra viduitate tolenda, & ita ex Bartolo. & alij docet D. D. Ioannes de la Rea. decis. Granaten. 45 n. 14 tom. 1. & tom. 2. decis. 76 num. 32. vbi dicitur, quod, ea est natura conditionis, ut non requirat veritatem actus permanentis, sed transeuntis, sicut enim conditionem momento temporis impleri.

(17) Quia in conditionibus non curatur de successu, sed de initio primæ existentiæ, ut diximus supra nu. 16. cum Larrea, dicta, decis. Granaten. 76. n. 32. tom. 2. & tom. 1. dicta decis. 45. n. 14. l. ex facto 17. §. si quis autem susceperit 7 ad S. C. Trebellianum, qui est in terminis. Notant Molina, & addenter copiose de Hispanor. primog. lib. 1. c. 6. ex n. 16.

(18) Simon de pradis. de interpretatione ultimarum voluntatum lib. 3. solutione 2. num. 11.

(19) Peregrinus de fideicommissis art. 28. n. 25. Fontanela, de cil. 259. n. 3. ibi, quia notum est eos non fuisse positos in conditione, in casu vulgari, sed solum in casu fideicommissarii, qui non successit.



y herederos, con que cesaron todos los efectos de la substitucion fideicommissaria, hecha en fauor del mayordomo, y Rector de Santiago, y su llamamiento condicional, en caso que faltasen herederos al dicho Alferez Miguel Garcia. (20) Y assi auiendolos tenido, se extinguiò, y no llegò a tener efecto la condicion, en que fueron substituidos, y llamados, con que no pueden suceder de otra manera. (21)

(20) Vt diximus, supran. 12. & sequentibus, & est regula iuris certissima, quod grabato decedente cum filijs, vel filio substitutio expirat, Valézuela conf. 106. ex n. 27. & n. 28. & sequentibus.

La razon es; porque con la existencia de los hijos, y herederos, que tubo el Alferez Miguel Garcia, primer llamado, y sucesor, quedaron exclusivos los substitutos, que *alias*, auian de entrar a suceder, si el dicho Alferez no tubiera, como tubo los hijos, y heredero, que le sucediò al tiempo de su muerte. (22)

(21) Bartolus, in l. qui habebat, vbi Iason, ff. de vulgari, Casanate, consil. 36. n. 47. & consil. 2. per totum, & consil. 2. n. 7. & sequentibus.

Este dictamen, y sentir, despues de infinidad de Autores, que traen Menochio, y Castillo; (23) es cierto, y se comprueua con la autoridad, y lecturas de Baldo, Paulo de Castro, Tiraquelo, Couarrubias, y otros muchos, que cita vn graue Autor, refiriendo grande numero de consulentes, decisiones, y exemplares de autos, juicios, y sentencias que en fauor, y credito desta verdad se obtuierõ en diuersos Senados, y Consejos. (24)

(22) Vt interminis, ex l. Lutus, de heredibus instituendis. & ex l. generaliter, ff. de institutionibus docet Peregrinus, de fideicommissis art. 34. n. 93.

Y assi por todos estos medios juridicos parece, que la substitucion, y llamamiento del mayordomo, y Rector de Santiago, debajo de condicion, y para en caso, que el Alferez Miguel Garcia, no tubiese herederos, cesò con la existencia dellos; y auiendolos tenido, y al Capitan don Miguel Garcia de Reinoso su hijo, que le sucediò, no llegò a tener efecto la condicion del llamamiento, y causa de la subsiguiente substitucion, que no se considera, y se deue juzgar, como si nunca la dispusiera el fundador, ni mencionara en su fundacion al dicho mayordomo, y Rector de Santiago. (25)

(23) Menochio, consil. 1216. ex n. 1. Castillo, lib. 5. controuersiarum cap. 19 & tom. 5. controuersiarum cap. 89. a. n. 1.

(24) Vt refert Vincentius Fursarius, ad casum de substitutionibus, q. 480. ex n. 1. Casanate consil. 5. per totum, & consil. 20. n. 4.

(25) Leg. si mater §. 1. ff. de vulgari, Tomat. decis. 23. n. 43. Casanate, consil. 2. n. 31. & consil. 4. num. 239. Peregrino, de fideicommissis, art. 29. n. 33. Marefcoto, lib. 1. variarum cap. 21. n. 16. Cancero, lib. 3. variarum cap. 21. num. 89. Fontanela, de pactis clausula §. glos. 10. p. 2. n. 45.

Con lo qual es cierto, que el vso de la Capilla,



(26) Cardinalis Matica. decis. 249. n. 7. ibi, *Vnde cum Lucretia deceferit sine filijs, condito testamento, substitutio locum non habet: quia testatrix voluit filia relinquere liberam facultatem testandi, sed si de iure facere non potuerit, aut non fecerit testamentum voluit ei substituere.*

(27) Socino consil. 116. nu. 7. libr. 3. quem refert, Paulo de Montepico, consil. 99. post nu. 77. & Alexander, consil. 101. n. 7. libr. 3.

(28) Leg. de Sacro sanctis Ecclesijs. leg. stipulatio. hoc modo concepta ff. de verborum obligat. vbi dicitur, *quod nihil magis hominibus debetur quam ut liberum sit eis supra eam voluntatis arbitrium.*

y Patronato quedò sin grauamen, libre al Capitan don Miguel Garcia de Reinoso, de cuyo derecho pudo testar, y disponer en fauor de doña Antonia de Pazos su muger; como hijo heredero del Alfez Miguel Garcia, primer sucesor instituido, y llamado del Teniente general Miguel Garcia su padre fundador, que en caso de no tener herederos, le substituyò al mayordomo, y Rector de Santiago, con esta condicion, que no tubo efecto, y assi hizo cesar al substituto, quitando el grauamen desta calidad al heredero, para que pudiese disponer, y testar con arbitrio, y voluntad validamente. (26)

Esto procede mas sin dificultad, considerando, que de ordinario los padres quando instituyen, y nombran à sus hijos, nunca los substituyen, llamandolos estraños, si no es en caso, q̄ no tengan otros hijos; porque si los tienen siempre los confian la prudente disposicion, y conueniente forma, y libertad del testamento, (27) como cosa necesaria, y que lo contrario se opone al derecho, y libre arbitrio. (28)

Por todo lo qual se conuenice la exclusion del mayordomo, y Rector de Santiago, y de doña Antonia de Paços, se haze notoria, y euidente su justicia, *saluo in his, & omnibus meliori iudicio, & censura.* En Salamanca, en 28. de Abril de 1661.

Doct. D. RODRIGO DE MANDIAA Y PARGA,  
Scholastico Salmantino.