

44
DICTAMEN

sobre los

ERRORES DE DERECHO

EN QUE SE FUNDAN LAS PRETENSIONES DE

D. Antonio Bernina Laboria

en el pleito que sigue con

DOÑA CARMEN BERNINA RODRÍGUEZ,

SOBRE

nulidad de la institución hereditaria que á favor de esta
hizo su padre D. Juan José Bernina.



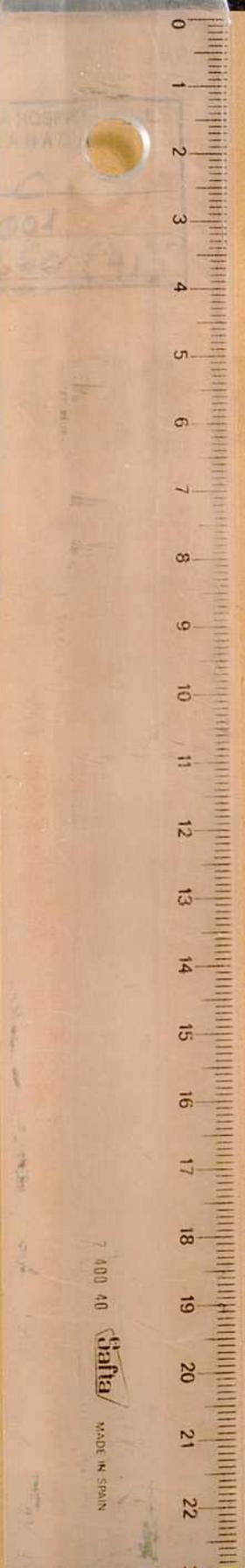
GRANADA.

Imprenta de EL POPULAR, Hospital de Sta. Ana, 42.

1891.

BIBLIOTECA HOSPITAL
G. ANAD

Sala: _____
Estante: _____
Numero: _____



7 400 40

Gafsa

MADE IN SPAIN

R-24630

DICTAMEN

sobre los

ERRORES DE DERECHO

EN QUE SE FUNDAN LAS PRETENSIONES DE

D. Antonio Bernina Laboria

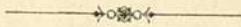
en el pleito que sigue con

DOÑA CARMEN BERNINA RODRÍGUEZ,

SOBRE

nulidad de la institución hereditaria que á favor de esta

hizo su padre D. Juan José Bernina.



GRANADA.
Imprenta de EL POPULAR, Hospital de Sta. Ana, 42.
1891.

- MAYO. 93

BIBLIOTECA HOSPITAL REAL
GRANADA

Sala: C
Estante: 001
Número: 060 (41)

R-24630

DICTAMEN

sobre los

ERRORES DE DERECHO

EN QUE SE FUNDAN LAS PRETENSIONES DE

D. Antonio Bernina Laboria

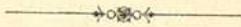
en el pleito que sigue con

DOÑA CARMEN BERNINA RODRÍGUEZ,

SOBRE

nulidad de la institución hereditaria que á favor de esta

hizo su padre D. Juan José Bernina.



GRANADA.
Imprenta de EL POPULAR, Hospital de Sta. Ana, 42.
1891.

- MAYO. 93

DICTAMEN

sobre los

ERRORES DE DERECHO

EN QUE SE FUNDAN LAS PRETENSIONES DE

D. Gerónimo Bernina Laborda

en el caso que sigue

DOÑA CARMEN BERNINA RODRIGUEZ

SOBRE

la nulidad de la institución hereditaria que a favor de esta
hizo su padre D. Juan José Bernina.

GRANADA

Imprenta de la Fortuna, Hospital de San Juan, 1.
1891

- MAY 24

Testamento de D. Juan José Bernina.

Como base de este breve estudio y dictámen, se inserta á la letra la cláusula 16.^a del testamento de D. Juan José Bernina, que es la referente á instituciones hereditarias y ulterior destino de sus bienes, en defecto de las instituciones que contiene.

Dice así:

«En el remanente que quedare y fincare de todos mis bienes, derechos y acciones reales ó personales ó que por cualquier título me correspondan ahora ó en lo sucesivo, elijo, instituyo y nombro única y universal heredera de ellos á mi citada hija D.^a María del Carmen Bernina Rodríguez para que lo reciba y disfrute EN USUFRUCTO durante su vida; y terminada esta recaerá dicho remanente en los hijos ó nietos de la misma, por iguales partes los primeros, y si hubiere de los últimos con arreglo á su respectiva representación; puesto que dichos nietos han de entrar en lugar del hijo ó hija de la D.^a Carmen que hubiere muerto antes de terminar el usufructo, *recibiendo aquellos, dichos bienes en PLENO DOMINIO, posesión y propiedad*; y en el caso que la D.^a Carmen no tuviese sucesión, *podrá disponer por testamento de todos los bienes que constituyan la herencia á favor de quien le parezca en absoluto dominio.*»

Esta cláusula contiene tres disposiciones distintas é importantes:

1.^a Institución de heredera usufructuaria á favor de D.^a Carmen Bernina Rodríguez,

2.^a Institucion de herederos en pleno dominio á favor de los hijos y nietos de dicha señora, ó sean los nietos y nietas de los del testador.

3.^a Facultad conferida á la D.^a Carmen para disponer de la herencia por testamento si no tuviese sucesión.

¿A qué extremos de la cláusula se refiere la demanda? Veámoslo.

II.

Objeto del litigio.

En la súplica de los escritos de demanda y réplica, está clara y concretamente consignado; y como quiera que en ella se fijan invariablemente las cuestiones que se someten á debate y sentencia, he aquí, literalmente trascritas, una y otra súplica, para que no quede duda de la forma en que el pleito fué planteado y de las únicas cuestiones discutidas que pueden ser objeto del fallo judicial.

Súplica de la demanda:

«Por todo lo cual y haciendo uso de la acción de nulidad que compete á mi parte, es procedente y—Suplico al Juzgado que teniendo por presentado este escrito con el poder que me autoriza y los documentos de que se ha hecho mérito, así como las copias simples que prescribe la ley, se sirva ordenar se dé á este juicio de mayor cuantía la tramitación correspondiente y en definitiva DECLARAR por los fundamentos expuestos, NULA DE NINGÚN VALOR NI EFECTO, LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA HECHA POR D. JUAN JOSÉ BERNINA EN SU TESTAMENTO Á FAVOR DE D.^a MARÍA DEL CARMEN BERNINA RODRÍGUEZ; condenando á esta en su consecuencia á devolver todos los bienes de la herencia á los herederos legítimos del testador con sus frutos y en todas las costas.»

En la réplica:

«Suplico al Juzgado que teniendo por presentado este es-

crito y su copia simple, se sirva proveer como al principio del mismo queda solicitado y es justicia que pido con las costas.»

Al principio se solicita, que se desestimen las pretensiones de D.^a Carmen Bernina en su escrito de contestación y *proveer en un todo de conformidad á lo solicitado en la demanda.*

Por lo tanto, la demanda se dirige únicamente á obtener la nulidad de la institución hereditaria de D.^a Carmen Bernina, que fué la de heredera usufructuaria y devolución de los bienes de la herencia; esto es: contra la primera parte de la cláusula 16.^a del testamento de D. Juan José Bernina. Quedaron, por consiguiente, fuera de debate por no haberlas sometido á este litigio, las otras dos partes de la cláusula: institución hereditaria en pleno dominio á favor de los nietos y bisnietos del testador: facultad á D.^a Carmen Bernina para disponer por testamento de la herencia, en el caso de no tener sucesión.

III.

Errores de derecho del actor.

Estos se refieren:

1.º A la institución usufructuaria hecha á favor de doña Carmen Bernina.

2.º A la institución en pleno dominio á favor de sus hijos y nietos.

3.º A la facultad de disponer de los bienes por testamento,

1.º

ERRORES DE DERECHO EN QUE DESCANSA LA PRETENSIÓN
DE ANULAR LA INSTITUCIÓN Á FAVOR DE
DOÑA CARMEN BERNINA.

Primer error.

El de invocar la ley 10, tít. 13, de la Partida 6.ª para revocar la indicada institución hereditaria á favor de D.ª Carmen Bernina; sin tener en cuenta que la absoluta prohibición impuesta al padre por aquella ley, de dejar cosa alguna á los hijos á quienes se refiere, fué revocada por la ley 10 de Toro, que es la 6.ª tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, que autorizó al padre para dejar á los hijos indicados, hasta el 5.º de sus bienes, en pleno dominio, aunque tuviese hijos y descendientes legítimos; con cuya variación introducida en el antiguo derecho, pretender la aplicación de este sin la modificación posterior, como pretende D. Antonio Bernina, es olvidar ó infringir la citada ley 10 de Toro.

Segundo.

Citar en apoyo de la aplicación rigurosa de la ley 10, título 13, Partida 6.ª la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 9 de Abril de 1886; siendo así que en esta se consigna que, *á las leyes de Toro y no á las de Partida*, hay que atenerse en las cuestiones de filiación natural; y que aquella ley de Partida se refiere al hijo llamado *noto* que es quien TENIA incapacidad según la misma ley «para heredar ninguna cosa de los bienes de su padre.»

No dice la sentencia que *tiene*, sino que *tenía incapacidad*; porque dejó de tenerla á virtud de la ley 10 de Toro; y por lo tanto, desde que rigió esta ley, aun en el caso de que se pudiera anular ó revocar una herencia, sería respetando la parte de ella que autorizó al padre, para dejarla al hijo de la condición que expresa la de Partida; y esto no obstante, D. Antonio Bernina quiere y pide toda la herencia, como si no existiese tal ley de Toro. (a)

(a) Para salvar el escollo que el derecho opone á tal pretensión, dice á

Tercero.

Invocar como fundamento legal de la demanda el derecho romano; Novela 74, cap. 6.º y 89, cap. 12 y 13; auténtica *Licet patri sine legitima*; la del Código *De naturalibus liberis*, y la *De incest. e inutilibus nuptiis*; porque las leyes romanas no rigen en territorios sujetos al derecho común de Castilla, según tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia de 12 de Abril de 1856: «Las reglas generales del derecho romano no son leyes españolas.»

Sent. de 30 de Marzo de 1867. «En las provincias de los antiguos reinos de Castilla no tiene fuerza legal la legislación romana.»

Cuarto.

Pretender, con infracción de la ley 114 tít. 18 de la Partida 3.ª que se desatienda la fuerza probatoria y eficacia de documentos públicos y solemnes en que consta acreditada la filiación de D.ª Carmen Bernina, como hija natural de don Juan José Bernina y D.ª Concepción Rodríguez Guerrero, cuales son, la partida de bautismo de la D.ª Carmen y el testamento del D. Juan; y la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras sentencias en las de 24 de Febrero y 9 de Octubre de 1865, según la cual es suficiente el reconocimiento del padre para acreditar la cualidad de hijo natural, aunque sea tácito; siendo así que por el expresado testamento fué reconocida solemnemente como tal hija por el D. Juan José Bernina.

última hora, en la vista del pleito, D. Antonio Bernina.—«Si D.ª Carmen Bernina quiere alimentos, que los pida; y no se le darán porque no los necesita.»—Pero no es este el caso; el caso es que aun siendo revocable la herencia, hipótesis inadmisibile, no podría serlo en lo que la ley X de Toro permite dejar al hijo á quien se refiere; y como D. Antonio Bernina la quiere y pide toda, no se le podría dar lo que pide aun en la indicada hipótesis, por el error de derecho en que incurre al pedirla, con infracción de la ley, en que también incurrirían los Tribunales si se la concedieran.



Quinto.

Prescindir de la presunción de derecho en favor de la bastardía natural en contra del dañado y punible ayuntamiento; por la cual se debe conceptuar natural al hijo contra cualquiera duda opuesta á dicha presunción; según jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 12 de Noviembre de 1858 y 11 de Octubre de 1882; la cual habría de prevalecer aunque la prueba contraria pudiera engendrar esa duda; que ni aun este resultado produce ante la ley y la sana crítica.

Sexto.

Intentar que prevalezcan contra la partida de bautismo, según la cual es hija la señora demandada de D. Juan José Bernina y D.^a Concepción Rodríguez Guerrero, las declaraciones de tres testigos, acerca de haberse redactado una minuta en otra forma y haberla modificado después con algunas variaciones; con lo cual se infringiría lo dispuesto en los artículos 565 y 566 de la ley de Enjuiciamiento civil; pues según el primero, la prueba se concretará á los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación, réplica y dúplica; y con arreglo al segundo, los Jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden á lo establecido en el artículo anterior; de donde infiere la crítica legal que las admitidas fuera de aquellas condiciones no deben ser útiles ni eficaces; y en tal caso se encuentran las indicadas declaraciones, referentes á supuesta minuta de partida, por ser hechos de que nada dijo el actor en la demanda ni en la réplica; por lo cual son ineficaces ante la ley; y ante la sana crítica ofrecen duda de su certeza, porque de ser ciertos los hechos se debió alegarlos en tiempo hábil.

Séptimo.

El de pretender que la prueba testifical que ha practicado y refiere á hechos que dice ser anteriores y coetáneos al nacimiento de D.^a Carmen Bernina, se aprecie como demostrativa de tales hechos, á lo cual se oponen las reglas de la sana crítica, y el artículo 659 de la ley de Enjuiciamiento

civil; pues apreciada según la ley ordena, carece de todo valor, porque de los seis testigos que sobre tales pretendidos hechos ha presentado, uno tenía 12 y 13 años respectivamente, en los dos años á que se refieren sus primeras afirmaciones; siendo así que el menor de 14 años no puede ser testigo, según la ley 9.^a tít. 16 de la Partida 6.^a: otro aparece contradictorio en sus afirmaciones en estos autos y entre estas y las que hizo en otros de divorcio de que se ha traído testimonio; y según la ley 41 del mismo título y Partida, que es regla de sana crítica, *seyendo el testigo contrario á sí mismo non debe valer su testimonio*: y otro que afirmó haber nacido D.^a Carmen Bernina con ciertos defectos físicos *que conserva en la actualidad*, uno de ellos *las piernas encogidas*; y se pudo juzgar de su veracidad ante la Sala, en el acto de la vista, observando que dicha señora entró y salió por su pie, como lo hace siempre, por no ser exacta la afirmación del testigo; y tanto estos tres como los demás, hasta los seis indicados, han sido contradichos en sus afirmaciones por otros de la parte demandada, en mucho mayor número; unas afirmaciones las contradicen quince testigos, otras doce, otras once y otras seis testigos sin tacha; por lo cual, con el testimonio de estos, según regla de sana crítica consignada en la ley 41 del título y Partida citados, se prueba plenamente, no ser aquellos seis del actor fidedignos ni merecedores de crédito; y lo confirma la misma crítica racional, ante la cual es inaceptable que fuesen cinco de ellos, invitados al acto del bautizo, á que afirman lo fueron y además otros amigos de D. Juan José Bernina (cuyos nombres omiten); aun en la hipótesis inaceptable de ser cierto que la niña bautizada fuese la que suponen.

Octavo.

Pretender respecto á hechos, que fija como posteriores al nacimiento, que se tenga por justificada una manifestación de maternidad, que refiere un acta notarial y aparece desmentida en el mismo día en otra acta notarial, por la misma persona á quien aquella se atribuye; sin que se haya ratificado lisa y llanamente más que una de las dos que en el acta primera se dice haberla oído; y que se estime como con-

fesión otra manifestación extrajudicial, siendo así que la ley y la jurisprudencia niegan todo valor á la confesión que no se hace en juicio, mucho más siendo *contra natura*, como sería en el caso de que se trata, según la ley 4.^a tít. 13 de la Partida 3.^a

Noveno.

Desconocer que una institución meramente usufructuaria, de un caudal modesto, como el de D. Juan José Bernina, es como institución de alimentos; y que estos se deben á todos los hijos por todas las leyes divinas y humanas; lo mismo por ley natural que por derecho positivo, por ser deber de naturaleza que alimente á sus hijos quien les dió el ser, de lo cual, aun las fieras dan ejemplo; y por esto en la glosa y comentario á la ley 10, tít. 13 de la Partida 6.^a, fundamento de la demanda, dice el sabio glosador de aquel código, Gregorio López, que no habiendo hijos legítimos se puede dejar aun más del quinto á los excluidos por aquella antigua ley; y el eminente jurisconsulto D. Benito Gutierrez Fernández, en sus *Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, que la ley 10, tít. 13 de la Partida 6.^a no se refiere á alimentos; de todo lo cual se deduce, que atendida la verdadera índole de la institución usufructuaria á favor de D.^a Carmen Bernina, es perfectamente compatible con las leyes antiguas y modernas, en la recta inteligencia de estas leyes, según los citados y otros distinguidos tratadistas de derecho.

Décimo.

Pedir á un simple usufructuario la entrega de bienes en pleno dominio, como si el usufructuario pudiese dar lo que él no tiene; con infracción de la regla de derecho (Ley 12, tít. 34, Partida 7.^a) *nemo potest alii plus jure dare quam habeat ipse*.

Undécimo.

El de suponer que á la interposición de la demanda no había prescrito la acción entablada; siendo así que, la ley en que aquella se funda, señala dos meses para pedir la revocación de *lo que fuese dado* al hijo á quien se refiere; que

D. Juan José Bernina falleció en 20 de Junio de 1887 y que la demanda es de 13 de Diciembre de aquel año, por lo cual, al interponerla, habían trascurrido algunos meses más de los dos del término legal, é indudablemente había prescrito la acción; sin que á esto obste la excepción del actor de haber sido derogado ese extremo de la ley de Partida por la 63 de Toro, que es la 5.^a tit. 8.^o lib. 11 de la Novísima Recopilación, que estableció otros términos para la prescripción de las acciones; porque según tiene declarado el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 12 de Abril de 1871, la ley 5.^a tit. 8.^o lib. 11 de la Novísima Recopilación no es aplicable á las acciones que por otras leyes tienen término señalado para su ejercicio; cuya jurisprudencia viene constantemente sancionada por aquel Supremo Tribunal.

Duodécimo.

Suponer que se puede abrir la sucesión legítima ó abintestato, existiendo sucesión testamentaria, con infracción de la voluntad del testador, que es ley por la cual se han de decidir las cuestiones que se refieran á la institución hereditaria, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, consignada entre otras muchas, en las de 3 de Enero y 4 de Febrero de 1874; 29 de Abril de 1881 y 24 de Mayo de 1882.

Se demuestra este error de derecho, recordando que la cláusula 16.^a del testamento de D. Juan José Bernina contiene además de la institución en usufructo á favor de su hija, otra institución de herederos en pleno dominio á favor de los hijos y nietos de esta, ó sea, de los nietos y bisnietos del testador; y que esta parte de la cláusula no está sometida al presente litigio, por lo cual subsiste en toda su fuerza y eficacia.

Ahora bien: es principio de derecho y regla de jurisprudencia que solo á falta de sucesión testamentaria se abre la sucesión legítima ó intestada. «No puede haber sucesión intestada habiéndola por testamento.» Sentencias de 29 de Noviembre de 1866; 4 de Mayo de 1868 y 8 de Enero de 1875.

«La sucesión intestada (ó legítima) no tiene lugar cuando

se ha acreditado la existencia de un testamento. Con dicho título el heredero instituido tiene la posesión de la herencia, mientras no se declare por ejecutoria la ineficacia ó nulidad de dicha disposición testamentaria. Sent. de 21 de Abril de 1866.

Es así que en el caso actual la institución hereditaria en pleno dominio que contiene el testamento, no solo no está declarada ineficaz, sino que ni aun está sujeta á discusión en el pleito; luego es indudable que subsiste y rige y hace irrealizable la sucesión legítima, como pretende, incurriendo en tan grave error D. Antonio Bernina, al solicitar que se entreguen los bienes á los herederos legítimos del testador, como si no hubiese herederos testamentarios por institución no impugnada y por lo mismo firme y subsistente.

Décimotercero.

El de suponer que no ha perdido el derecho que creía asistirle á impugnar la institución hereditaria que á favor de D.^a Carmen Bernina hizo su padre, aunque ha percibido el legado que le hizo su hermano D. Juan José; siendo así que según la ley 6.^a tít. 8.^o Partida 6.^a el hecho de recibir manda ó legado por testamento, impide querellarse para quebrantarlo; doctrina consignada también en sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de Mayo de 1864; y en la de 16 de Septiembre de 1867, en la cual se establece lo siguiente: «Según la ley 6.^a tít. 8.^o de la Partida 6.^a el que hubiese admitido la manda hecha á su favor en un testamento ó de alguna manera se hubiese conformado con sus disposiciones, no puede después impugnarlo, caducando la acción que en otro caso tuviera para ello»; y en la de 18 de Junio de 1869, en que se estableció: «que el que ha cobrado una cantidad en virtud de un testamento, deja caducar su derecho para hacer CUALQUIER posterior *reclamacion contra el mismo*, según dispone la ley 6.^a tít. 8.^o Partida 6.^a» por lo que la Sala sentenciadora en aquel caso, accediendo á la nulidad reclamada por un hermano del testador, que había recibido *el legado* que este le dejó, *infringió dicha ley y la doctrina consignada en las sentencias del Tribunal Supremo*; de todo lo cual se infiere, que al percibir como ha percibido don

Antonio Bernina, el legado que le hizo su hermano, aunque hubiera tenido acción para revocar la institución hereditaria á favor de D.^a Carmen Bernina, habría caducado dicha acción.

Décimocuarto.

El de suponer confirmable y solicitar que se confirme la sentencia del Juez inferior, en la que además de no habersé mencionado las excepciones de la señora demandada, para estimarlas ni para desecharlas, sobre la improcedencia de privarla indirectamente del derecho á su filiación acreditada por documentos públicos y solemnes; derogación ó modificación de la ley de Partida en que se funda la demanda; prescripción de la acción entablada é imposibilidad legal de abrir la sucesión legítima, se crea, por la parte dispositiva que contiene dicha sentencia, una dificultad, invencible en derecho, para que pueda ser confirmada.

Por la primera parte del fallo, se declara nula la institución hecha á favor de D.^a Carmen Bernina; y limitándose, como se limita, á declarar esa nulidad, deja, como no podía menos de dejar subsistente y queda firme, en toda su fuerza y eficacia, la institución de herederos en propiedad á favor de los nietos y bisnietos del testador.

A seguida, en el segundo extremo del fallo, se condena á la D.^a Carmen á que devuelva todos los bienes de la herencia á los herederos legítimos del testador; y como antes que estos, están, según derecho, los herederos testamentarios, cuya institución deja subsistente la sentencia, de aqui la imposibilidad legal, absoluta é insuperable de que se cumpla el segundo extremo del fallo, por los términos en que está concebido el primero; porque este solo anula la institución á favor de D.^a Carmen Bernina y no la que se hizo en sus hijos y nietos.

2.^a

ERRORES REFERENTES Á LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA Á FAVOR DE LOS NIETOS Y BISNIETOS DE D. JUAN JOSE BERNINA.

Primer error.

El de suponer á última hora del pleito, en 2.^a instancia, en el acto de la vista, que con anular la institución á favor

de D.^a Carmen Bernina, se anula la institución de herederos en propiedad á favor de los hijos y nietos de esta; cuyo error se demuestra, porque no ha sido esta última institución hereditaria, objeto de la demanda, ni materia del litigio; y porque siendo institución distinta é independiente de la primera, ya por las personas sobre quienes recae, ya por la naturaleza de la institución misma; no solo no se anularía aunque pudiera anularse la del usufructo, sino que no puede ser objeto de discusión ni materia del fallo en estos autos; pues con arreglo á lo dispuesto en la ley 16, tít. 22 de la Partida 3.^a *non dece valer el juyzio que da el Judgador sobre cosa que non fué demandada ante el*; doctrina consignada en multitud de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que prohíbe á los Tribunales otorgar en sus fallos distinta cosa, ni más de lo pedido.

«Infringe la ley 16, tít. 22 de la Partida 3.^a, la sentencia que decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio.» Sent. de 28 de Marzo de 1867.

«La sentencia que decide sobre cuestiones no propuestas en la demanda ni en la contestación y por tanto no debatidas en el pleito, infringe la ley 16, tít. 22 de la Partida. 3.^a» Sent. de 18 de Junio de 1867.

«Según la ley 16, tít. 22 de la Partida 3.^a, la sentencia debe guardar conformidad con la demanda, no siendo válida aquella que decide sobre cosa distinta de la pedida.» Sentencia de 4 de Noviembre de 1871.

Los Jueces y Tribunales deben dar su sentencia sobre lo pedido en la demanda, conforme á lo dispuesto en la citada ley de Partida, y es nulo el juicio cuando no hay congruencia entre lo pedido y lo sentenciado.» Sentencia de 6 de Marzo de 1878.

«La sentencia debe ser congruente con lo pedido y exceptuado por las partes.» Sent. de 12 de Marzo de 1878.

«Según la ley 16, tít. 22 de la Partida 3.^a y repetidas declaraciones del Tribunal Supremo las sentencias deben ser conformes y ajustadas, no solo á la cosa sobre que contienen las partes sino á los motivos en que se funde la demanda, *sin que pueda concederse lo que no se hubiese pedido*;

siendo nula la que no se ajusta á estas prescripciones.» Sentencia de 15 de Octubre de 1880.

En otras muchas sentencias se hace la misma declaración, de la cual se infiere, que es imposible en derecho, que por la sentencia de estos autos se anule la institución hereditaria que hizo en su testamento D. Juan José Bernina á favor de sus nietos y bisnietos.

Segundo.

El de desconocer que del nacimiento de una nieta del testador (1) hija legítima de D.^a Carmen Bernina, por haber contraído este matrimonio durante el pleito, se desprenden las siguientes consecuencias, inevitables en derecho:

1.^a La existencia de un heredero testamentario indiscutible en este pleito.

2.^a La imposibilidad legal de privar á la hija legítima de D.^a Carmen Bernina de la herencia, mientras no se invalide por medio de juicio y de sentencia la institución que á favor de sus nietos y bisnietos hizo D. Juan José Bernina.

3.^a Que si llegase á terminar el usufructo establecido á favor de D.^a Carmen Bernina, ya por fallecimiento de esta, ya por sentencia de los Tribunales, (que no es de esperar se dicte), recaería la herencia inmediatamente en el heredero testamentario.

Y 4.^a La misma imposibilidad legal, absoluta é insuperable, de que se abra la sucesión intestada existiendo un heredero testamentario; y por lo tanto de que se mande entregar los bienes á herederos abintestato ó legítimos, como pretende D. Antonio Bernina y le concedió el Juez inferior.

(1) La cual se personó en los autos y en su nombre su representación legítima y á pesar de la oposición de D. Antonio Bernina se la tuvo por parte en 2.^a instancia; en cuya época nació; y hace valer sus derechos á que se respete la institución hereditaria que á su favor hizo su abuelo don Juan José Bernina, por no ser materia del pleito dicha institución y por lo tanto firme ó inquebrantable actualmente; y á impedir que en caso alguno puedan pasar los bienes de que se trata á herederos abintestato, por ser ella heredera testamentaria según aquella disposición del testador no discutida é indiscutible en este juicio.

ERRORES REFERENTES Á LA FACULTAD CONCEDIDA Á D.^a CARMEN BERNINA PARA DISPONER DE LA HERENCIA POR TESTAMENTO.

Primer error.

El mismo padecido, respecto á la segunda parte ó institución de la cláusula 16.^a del testamento; esto es: el de no haber hecho objeto de la demanda ni del pleito, el extremo referente á la facultad concedida á D.^a Carmen Bernina por su padre, para que en el caso de no tener sucesión, disponga por testamento de la herencia, á favor de quien le parezca y en pleno dominio.

Es así que este extremo no se ha discutido ni comprendido, por lo tanto, en la sentencia apelada, ni es posible legalmente que lo sea, ni que sobre él se haga declaración alguna en segunda instancia, luego ha quedado subsistente aquella facultad de que D.^a Carmen Bernina ha de poder usar, si á su fallecimiento no existiese sucesión suya, mientras no se anule tal derecho por sentencia de los Tribunales en juicio que sobre esto se promueva.

Segundo.

El de desconocer el absurdo en que descansa la pretensión de que se entregue á herederos legítimos (prescindiendo de los testamentarios) una herencia de la cual, podrá disponer D.^a Carmen Bernina por testamento en pleno dominio, si al tiempo de su fallecimiento no tuviese sucesión; por lo que, mientras subsista dicha facultad, como actualmente subsiste, la herencia habría de pasar en el caso indicado, al heredero que á D.^a Carmen Bernina *le parezca* designar; y no á los que pudieran serlo abintestato si el testador no hubiese hecho uso de su derecho de apoderar ó autorizar á su hija, como lo hizo por la cláusula 16 del testamento para designar heredero.

Tales son los graves errores de derecho en que descansan las pretensiones de D. Antonio Bernina en este pleito; que á juicio del Letrado que suscribe, impiden que prevalezca su demanda y exigen imperiosamente la revocación de la sentencia apelada; sobre cuyos errores va á decidir ahora la Sala y en su día y caso el Tribunal Supremo de Justicia.

Granada Enero de 1891.

Dr. José Sánchez de Molina.