



Roj: **SAP CA 871/2016 - ECLI: ES:APCA:2016:871**

Id Cendoj: **11012370022016100163**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **2**

Fecha: **17/06/2016**

Nº de Recurso: **574/2015**

Nº de Resolución: **169/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE CARLOS RUIZ DE VELASCO LINARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA NÚM. 169

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

SECCIÓN SEGUNDA

PRESIDENTE ILTMO. SR.

D. JOSÉ CARLOS RUIZ DE VELASCO LINARES

MAGISTRADOS ILMOS. SRES.

D. ANTONIO MARÍN FERNANDEZ.

D^a. CONCEPCIÓN CARRANZA HERRERA.

REFERENCIA :

JUZGADO DE PROCEDENCIA: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Puerto Real.

AUTOS : Procedimiento Ordinario Nº 276/10

ROLLO DE APELACIÓN Nº . **574/2015**

En la Ciudad de Cádiz a diecisiete de junio de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Segunda de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario Nº 276/10 seguido en el Juzgado referenciado.

Ha sido parte apelante la D^a Virginia representada por el procurador D. Antonio Cervilla Puelles y defendida por el letrado D. Ildefonso Calvo González.

Ha sido parte apelada D. Alfredo , Benita , Constantino , Florian , Flora Y Leandro , representados por el procurador D Ramón Domínguez Añino y defendidos por la letrada D^a Celia Cerrudo Gavilán.

I .- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el día cinco de noviembre de 2014, cuyo fallo es como sigue:

"Que DEBO DESSSTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por D^a. Virginia representada por la Procuradora D^a Aurora Abadía Pérez, contra D. Alfredo , D^a Benita , D. Constantino , D. Florian y D^a. Flora representados por la procuradora D^a M^a del Carmen Iglesias Chaves y contra D. Leandro , representado por la Procuradora D^a Virginia y debo absolver y absuelvo a estos de las pretensiones de la actora, con expresa imposición de costas a la parte actora."



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia recaída por la representación procesal del demandante, fue dado traslado a la parte contraria presentando escrito de oposición al recurso, y fueron emplazados por diez días para ante esta Audiencia Provincial donde fueron remitidos los autos. Llegados los mismos, fueron repartidos, correspondiendo su conocimiento a esta Sección, donde se formó Rollo y fue designado Ponente, Resolución notificada a las partes, personándose como consta, y señalándose día para su votación y fallo.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ CARLOS RUIZ DE VELASCO LINARES, quien expresa el parecer del Tribunal.

II .- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Juez de la instancia desestima la demanda de acción de nulidad de la cláusula segunda del testamento otorgado por su padre el día 25 de marzo de 2003 y de los legados, y que se declare a la demandante como heredera forzosa a percibir la legítima de dos tercios de la herencia de su padre.

La parte demandante interpone recurso de apelación que lo fundamenta en infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la congruencia, infracción del art. 808 del Código Civil y en relación a las costas procesales de la primera instancia.

SEGUNDO.- La congruencia, según declara la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de 13 de octubre de 2010 y 14 de julio de 2003 , se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones.

Y la resolución de la instancia ha sido congruente con las pretensiones de las partes recurrentes, desestimando la misma, pues no ha probado que haya existido dolo, violencia o fraude al otorgarse el testamento, ni tampoco existe falta de las formalidades esenciales que debe revertir al testamento, según dispone el artículo 676 del Código Civil .

Entendemos que la parte demandante debía haber ejercitado la acción de división de la herencia, conforme a los artículos 782 de la LEC .

En nuestro ordenamiento procesal civil rige el principio de la justicia rogada, no pudiendo la resolución judicial modificar la causa pretendida, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrán dictado sin oportunidad de debate ni defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial situase el "thema decidendi".

Por ello, se desestima el primer motivo del recurso.

TERCERO.- No existe infracción del artículo 808 en relación al artículo 814 y 851 del Código Civil .

La parte demandante no ha sido preterida ni desheredada. Ha sido nombrada heredera junto a sus cuatro hermanos, y si no es mejorada en el testamento, voluntad del testador, conforme a los artículos 667 , 668 y 675 del Código Civil .

La herencia está dividida en tres partes, un tercio de legítima, un tercio de mejora y un tercio de libre disposición. El tercio de la legítima corresponde a partes iguales entre los hijos y descendientes del causante. El tercio de la mejora debe ser distribuido entre los hijos y descendientes, en la forma de distribución que crea mas conveniente el testador, pudiendo mejorar a uno o varios en perjuicio de los demás. El tercio de libre disposición es de libre voluntad del testador, pudiendo dárselo a cualquier persona física o jurídica.

CUARTO.- En nuestro ordenamiento procesal civil en materia de costas procesales rige el principio de vencimiento objetivo, es decir, si la demanda es estimada, las costas procesales de la primera instancia serán abonadas por las partes demandadas, y si la demanda es desestimada, el cargo de las costas procesales corresponde a la parte demandante, según determina el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Existe una excepción a esta norma general del vencimiento, cuando el tribunal aprecie, y así lo razone, que en el caso presentaba dudas de hecho o de derecho.

Estas dudas son inexistentes en el hecho enjuiciado, por lo que no podemos apartarnos del principio general del vencimiento.

Por todo ello, se desestima el recurso de apelación, confirmándose la sentencia de la instancia.

QUINTO: Al desestimarse el recurso de apelación, las costas procesales de segunda instancia se imponen a la parte apelante, según dispone el artículo 398 de la LEC .

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo



III.- FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Cervilla Puelles en representación de doña Virginia frente a la Sentencia dictada en estas actuaciones por la Sra. Juez de Primera Instancia N° 1 de Puerto Real, debemos confirmar la expresada resolución, con imposición de las costas procesales de segunda instancia a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, quedando testimonio en el Rollo, haciéndole saber que contra la misma, de darse los requisitos, cabe el previsto en el artículo 477.2. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, el extraordinario por infracción procesal.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ