



Roj: **SAP V 5257/2016** - ECLI: **ES:APV:2016:5257**

Id Cendoj: **46250370062016100443**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **6**

Fecha: **06/05/2016**

Nº de Recurso: **426/2016**

Nº de Resolución: **227/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA MESTRE RAMOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO DE APELACION 2016-0426

### **SENTENCIA N°227**

ILUSTRISIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

Don Vicente Ortega Llorca

MAGISTRADOS

Doña MARIA MESTRE RAMOS

Don José Francisco Lara Romero

En la ciudad de Valencia a seis de Mayo del año dos mil dieciséis.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen, siendo ponente MARIA MESTRE RAMOS, ha visto el presente recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 1 de febrero de 2016 dictada en AUTOS DE JUICIO ORDINARIO 81-2015 tramitados por el Juzgado de Primera Instancia Dos de los de Sagunto .

Han sido parte en el recurso, como APELANTE-DEMANDANTE **DON Cristobal** representado por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>Carmen Miralles Piqueres y asistido del Letrado D.Juan Manuel Gracia; como APELADA-DEMANDADA **DOÑA Casilda , DOÑA Clemencia , DOÑA Delfina , DON Eugenio , DOÑA Elvira , DOÑA Estela , DOÑA Evangelina Y DON Francisco , DOÑA Guillerma Y DON Hermenegildo** representados por el Procurador de los Tribunales D.Jesus Mora Vicente y asistidos del Letrado D.Victor Ginés Sánchez ;y como APELADA-DEMANDADA **DOÑA Leticia** no personada ante este Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Sentencia de fecha 1 de febrero de 2016 contiene el siguiente Fallo:

"...Se DESESTIMAR la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Cristobal contra DOÑA Casilda , DOÑA Clemencia , DON Maximo , DON Eugenio , DOÑA Elvira , DOÑA Estela , DOÑA Evangelina Y DON Francisco , DOÑA Guillerma Y DON Hermenegildo y DOÑA Leticia , absolviendo a los demandados de los pedimentos de la demanda.

Todo ello con condena en costas a la parte actora. "

**SEGUNDO** .- Notificada la Sentencia, DON Cristobal interpuso recurso de apelación alegando, en síntesis, como primer motivo la incoherencia de la sentencia entre lo pedido en la demanda a través del suplico y lo resuelto en la Sentencia mediante el "Fallo" .Infracción del artículo 218 LEC .

Existe una contradicción entre los Fundamentos de Derecho y el Fallo.

Así en primer lugar se omitió a pesar de considerar al actor "heredero forzoso" no se estimó el primer pedimento del suplico de la demanda que solicitaba "se declarara al actor heredero forzoso y legitimario de su madre".

En segundo lugar no se accede a declarar nula la CLAUSULA PRIMERA de Testamento cuando refiere que en la misma se nombra herederos forzosos a 9 hijos y dos nietos por lo que habiéndose omitido al actor .

En tercer lugar se pedía la persistencia de las disposiciones testamentarias previstas en Cláusula Segunda y Tercera del testamento (prelegado y legado" y sin embargo es incongruente desestima dicha petición.

En cuarto lugar referido al 3ºsuplico de la demanda "declarar a percibir la 11ª parte....

Ello se solicita en base al art. 808 CC y no el art. 933 CC .

El problema que se plantea es la posible desheredación.

El prelegado instituido en la Cláusula Segunda a favor de los 9 hijos y 2 nietos consistente en objetos personales....no puede afectar al derecho que sobre los dos tercios de legitima por imperativo legal tiene el demandante. Así el legado en dinero en efectivo a favor del actor con cargo a la legitima estricta puede afectar al tercio de mejora que al no ser desheredado le corresponde como heredero forzoso.

Y como segundo motivo la infracción del art. 394 LEC pues en el presente caso no redacción del testamento queda excluido como heredero forzoso por lo que existen serias dudas de que la cláusula primera sea nula al no declarar en el mismo a un heredero forzoso llamado a suceder y sin existir motivo para la desheredación.

Solicitando se revoque la sentencia condenando a los demandados a los pedimentos de la demanda.

**TERCERO.-** El Juzgado dio traslado a la parte contraria que presentó escrito de oposición.

**CUARTO .** - Las pruebas que se han practicado en primera instancia y que son objeto de nueva valoración por el Tribunal han sido: Documental

**QUINTO.-** Recibidos los autos por este Tribunal, se señaló el día 5 de mayo de 2016 para deliberación y votación, que se verificó quedando seguidamente para dictar resolución.

**SEXTO.-** Se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la resolución apelada en lo que no se oponga a los contenidos en esta

**PRIMERO.-** La cuestión planteada por la parte apelante, DON Cristobal en virtud del recurso de apelación interpuesto es resolver si procede declarar:

1º)Que el actor, DON Cristobal ,es heredero forzoso y legitimario de su madre Celia .

2)es nula de pleno derecho la CLAUSULA PRIMERA del Testamento otorgado por dicha causante, con fecha de 25 de junio de 2011, ante el notario Don Salvador Eduardo Garcia Parra, con el número de su protocolo 851, con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración

3)Que el actor, DON Cristobal , tiene derecho a suceder a su madre Celia , y a percibir la 11ª parte que como heredero forzoso tiene derecho de la legitima en la herencia sobre las dos terceras partes de la misma que recaen sobre el total de los bienes y derechos que integran el caudal relicto.

4)Declarar la persistencia de las disposiciones testamentarias en las cláusulas SEGUNDA Y TERCERA del testamento, referidas al prelegado y legado que obran en las mismas.

Condenándose a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones.

**SEGUNDO.** El juzgador de instancia consideró:

**"PRIMERO.-** Por la representación de la parte actora se ejerció acción declarativa y de nulidad de cláusula testamentaria con fundamento en los artículos reguladores del Código Civil del derecho de sucesiones y en especial de la sucesión testada con base en los siguientes hechos: en fecha 25 de junio de 2011, Dª Celia , madre del actor y madre y abuela de los demandados, otorgó testamento ante el notario D. Salvador Eduardo Parra, Notario de Albal, Valencia, con nº de protocolo 851. La Sra. Celia falleció en fecha 7 de noviembre de 2011. La fallecida tuvo 11 hijos: los nueve primeros demandados, D Cesar , padre de los codemandados Dª Guillerma y D. Hermenegildo que premurió a su madre y el demandante. En el testamento, en la cláusula primera se instituye herederos a sus 9 hijos y a los dos nietos demandados, excluyendo de esta institución hereditaria al demandante, considerando nula dicha cláusula por no hacer mención del mismo y



sin desheredarlo ni decir causas de desheredación. Las cláusulas segunda y tercera las destina a efectuar los correspondientes legados. En la segunda efectúa un pre legado por partes iguales a favor de sus 9 hijos y 2 nietos sobre mobiliario, enseres, cuadros y demás objetos de valor existentes en su domicilio. En la tercera lega a su hijo D. Cristobal con carácter de legatario lo que por legítima le corresponda. Por lo que no se menciona al mismo como heredero forzoso sufriendo una desheredación injusta.

La representación procesal de los codemandados se opuso a los hechos manifestados en la demanda manifestando que no ha existido desheredación sino una simple distribución de la herencia entre los herederos en la forma que la causante ha tenido por conveniente y dentro de la legalidad.

**SEGUNDO.-** Sentadas las posiciones de las partes procede entrar al análisis de la cuestión que centra la controversia que no es otra que determinar si el testamento otorgado por D<sup>a</sup> Celia contiene una cláusula nula, para lo cual habrá que determinar si no se ha respetado la condición de heredero forzoso del demandante ni el sistema de legítimas legalmente impuesto y en consecuencia si existe o no causa de desheredación, o si por el contrario no es nula por entender que lo que se ha producido es una distribución libre de la herencia por el testador otorgándole al demandante únicamente la parte que le corresponde como heredero forzoso.

Con carácter previo a dicho análisis procede reproducir las cláusulas contenidas en el testamento otorgado por D<sup>a</sup> Celia en fecha 25 de julio de 2011 y que son en las que fundamenta el actor su solicitud de nulidad, si bien considera nula la primera de ellas. Así, dicho testamento establece que: "CLÁUSULAS:

*PRIMERA: Instituye herederos por partes iguales a sus nueve (9) hijos Doña Casilda , Doña Leticia , Doña Clemencia , Don Maximo , Don Eugenio , Doña Elvira , Doña Estela , Doña Evangelina y Don Francisco , y a sus dos (2) nietos Doña Guillerma y Don Hermenegildo , los primeros por cabezas y los últimos por estirpes, con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes por el orden legal de sucesión, en su caso, y en su defecto acrecimiento entre sí o sus estirpes.*

*SEGUNDA: Prelega por partes iguales a sus nueve (9) hijos Doña Casilda , Doña Leticia , Doña Clemencia , Don Maximo , Don Eugenio , Doña Elvira , Doña Estela , Doña Evangelina y Don Francisco , y a sus dos (2) nietos Doña Guillerma y Don Hermenegildo , los primeros por cabezas y los últimos por estirpes, con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes por el orden legal de sucesión, en su caso, y en su defecto acrecimiento entre sí o sus estirpes, los objetos personales, mobiliario, enseres, cuadros y demás objetos de valor existentes en el interior de la vivienda sita en la CALLE000 , número NUM003 , puerta NUM004 .*

*TERCERA: Lega a su hijo Don Cristobal lo que por legítima estricta le corresponda ordenando que la misma se satisfaga con metálico procedentes de cuentas bancarias, depósitos, plazos fijos o fonos de valores que formen parte de la herencia y sólo en último término, si necesario fuere, con la partición de bienes inmuebles.*

(...)"

Reproducidas las cláusulas que centran la cuestión litigiosa cabe señalar que no hay controversia en que el demandante es hijo de la causante, lo que le atribuye al mismo por imperativo legal en la condición de heredero forzoso al señalar el art. 807 del CC que "Son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código." De forma que su condición como heredero forzoso le viene atribuida legalmente sin necesidad que sea así contemplado en el testamento, siempre que se respete las disposiciones legales que imponen límites para testar al testador en relación con los herederos que tengan dicha condición. Por otro lado, en cuanto a la legítima reclamada por el actor cabe señalar que, en cuanto a su concepto jurídico el art. 806 del CC señala que "la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos"

Sentado lo anterior cabe recordar que el art. 1056 CC en cuanto dice "cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos" faculta al testador para realizar el mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas. Por tanto, centrándonos en los términos del debate hemos de partir de la premisa de que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general es la de la intangibilidad de la legítima, si bien, no obstante, todo testador tiene la facultad al otorgar testamento de privar de sus derechos legitimarios a sus herederos forzosos, pero ello tan sólo en los concretos supuestos previstos en la Ley, conforme a las previsiones contenidas en los artículos 848 y 849 del C. Civil , de forma que la desheredación al tener un carácter sancionador debe ser interpretado restrictivamente, no pudiendo extenderse su aplicación a casos no previstos en la Ley, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997 . Por lo demás, en cuanto a la interpretación de los testamentos, de conformidad con el art.



675 del Código Civil , toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras ( STS 8 de junio de 1.982 ) o como dice la STS de 1 de julio de 1.985 , en la interpretación del testamento hay que estar a su literalidad siendo sólo permisible la búsqueda por otros medios probatorios de la voluntad testamentaria cuando ésta se expresa de modo oscuro, y a las palabras ha de otorgárseles el sentido que de ellas se desprenda en relación con las circunstancias personales y sociales convenientes. Es decir, según la STS de 9 de marzo de 1.984 , la notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido liberal de la declaración, sólo prima cuando el texto de la cláusula deja lugar a dudas en cuanto a su contenido y alcance.

En el presente caso, las clausulas redactadas son claras. En la primera de ellas se habla de la institución de herederos a sus 9 hijos y dos nietos (los demandados), en la segunda de ellas del prelegado a los antes mencionados y en la tercera del legado al demandante en la parte que por legítima estricta le corresponda. La parte demandada manifiesta que al actor no se le respeta la condición de heredero forzoso ni la legítima que por ley le corresponde no hablándose del mismo en concepto de heredero forzoso ni mencionándolo cuando habla de los instituidos como herederos en la cláusula primera del testamento, debiendo entenderse en consecuencia que tal disposición, sin existir además una causa de desheredación ni haber sido desheredado en el propio testamento, es nula. No obstante, lo expuesto no es compartido por quien ahora resuelve. Así, en el suplico de la demanda se dice que al actor le corresponde una 11ª parte las dos terceras partes de la herencia, sin embargo cabe considerarse que el actor está confundiendo la sucesión testada con la intestada. En la sucesión intestada el art. 932 del CC establece que " *los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales* ", imponiéndose en consecuencia que todos los hijos del causante heredarán por partes iguales y los nietos por derecho de representación ( art. 933 CC ); sin embargo en el ámbito de la sucesión testada, que es en la que nos encontramos, no ocurre lo mismo al señalar expresamente el art. 808 del CC que " *constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. (...) La tercera parte restante será de libre disposición.* " Es decir, de dicho precepto se puede observar que la herencia puede estar dividida en tres tercios, dos tercios que el propio artículo denomina "legítima de los hijos y descendientes" y un tercio de libre disposición. De la lectura de los dos párrafos primeros del art. 808 CC se observa que el testador puede disponer de un tercio de los dos que integran la legítima para mejorar a sus hijos o descendiente(es lo que se conoce como tercio de mejora) de forma que solo existe un tercio de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente y que es el denominado tercio de "legítima estricta".

Así, de la cláusula tercera del testamento se observa, por el tenor literal de la misma, que la causante lega a favor del demandante *l o que por legítima estricta le corresponda* . Es decir, en principio se le atribuye al demandante lo que exige la ley, sin que se haya limitado la parte que le corresponde.

Ahora bien, cabe plantearse la cuestión de si tal atribución hecha a título de legado y no de herencia supone una desheredación del heredero forzoso y su no consideración de tal, así como si impide o coarta su derecho a la legítima impuesta. La respuesta debe ser negativa y ello porque si bien el Código Civil limita al testador el disponer libremente de sus bienes en lo que al tercio de legítima estricta respecta, en ningún precepto determina que dicha legítima deba otorgarse a título de herencia, pudiendo otorgarse como en el presente caso, a título de legado siempre y cuando se respete la porción que se tiene en tanto heredero forzoso y sin que el hecho que dicha atribución se haga por legado se puede considerarse que no se respeta al heredero forzoso. Así, podemos destacar el art. 815 del Cc que establece que " *El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma* " refleja claramente la posibilidad de que el testador pueda disponer de la legítima a título de legado. Igualmente podemos destacar el art. 841 Cc que señala que " *El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios(...)* " por lo que permite que se atribuya la legítima en metálico atribuyéndole todos los bienes a un solo hijo o descendiente.

Así, y en este mismo sentido, cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 748/2012 de 29 Nov. 2012, Rec. 1926/2009 que establece que " *No es baldío recordar algunos conceptos, como ya hizo la sentencia del 24 enero 2008 :. El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum; así lo dicen expresamente las sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990 , 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997 . Artículo 818 del Código civil (LA LEY 1/1889).* "

La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código civil .



La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005 . Artículo 819 del Código civil (LA LEY 1/1889) , que se refiere a la imputación de las donaciones. ". Siendo también de mención la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 524/2012 de 18 Jul. 2012, Rec. 271/2010 que señala que "1º Se distinguen dos tipos de intangibilidad de la legítima: la cuantitativa y la cualitativa. Con el segundo tipo, la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario, mientras que en virtud de la intangibilidad cuantitativa, se impide otorgar menos de lo que por legítima corresponda. El primer tipo está previsto en el art. 813.2 CC (LA LEY 1/1889), y su incumplimiento produce la anulación del gravamen, mientras que el segundo se encuentra en el art. 815 CC (LA LEY 1/1889) y da lugar al complemento de la legítima. Por tanto, ninguno de estas lesiones produce la nulidad. Si las recurrentes se están refiriendo a los valores de los bienes de la herencia a los efectos del cálculo de la misma, deberían haber denunciado la inaplicación del art. 815 CC y no del art. 813, por lo que se acaba de decir. Pero en cualquier caso, la intangibilidad afecta al causante, que no puede ni gravar al legitimario, ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que éste tiene para corregir las disposiciones que le perjudican. Cuando la lesión la produce la partición, no se puede hablar de intangibilidad, sino de corrección de las operaciones particionales."

Sentado todo lo anterior, en virtud de la jurisprudencia expuesta, en virtud de los arts. 675 , 806 , 808 , 815 y 1056 todos ellos del Código Civil , así como de sus concordantes, y en virtud de las cláusulas contenidas en el testamento, cabe concluir que en el presente supuesto la testadora D<sup>a</sup> Celia en su testamento respetó el sistema de legítimas impuesto en el art. 808 del Código civil atribuyendo a todos los descendientes la parte que le corresponde en concepto de herederos forzosos y de la que no puede disponer la testadora, esto es del tercio de legítima estricta. Éste fue otorgando a los demandados a título de herencia (cláusula primera) y al actor a título de legado (cláusulas primera y tercera) sin que la mención a herederos forzosos se aobligatoria ni la ley obligue por tal condición a heredar a título de herencia de forma imperativa. Además, la testadora dispuso del tercio de mejora y el de libre disposición a favor de los demandados (cláusula segunda) en virtud de la posibilidad que le otorga el art. 808 CC en sus párrafos 2º y 4º y en virtud de la libertad de testar que le atribuye el art. 1056 CC , sin que se le prive al actor ni de su condición de heredero forzoso ni, como se ha dicho, de la legítima que le corresponde, la cual le ha sido atribuida en la cláusula tercera de dicho testamento, no pudiendo considerarse que exista ningún tipo de desheredación como alega el actor, siendo que de la intención del testador en virtud del art. 675 del CC coincide con el tenor literal de sus palabras.

Todo lo expuesto determina la desestimación íntegra de la demanda al no considerarse nula la cláusula primera del testamento, respetar el testamento la condición de heredero forzoso del actor aunque no herede a título de herencia y por respetar la legítima impuesta en el art. 808 del CC al atribuirse en la cláusula tercera del testamento la porción que por ley le corresponde y de la que no puede disponer el testador. "

**TERCERO.-** El primer motivo del recurso alega que la sentencia incurre en incoherencia entre lo pedido en la demanda a través del suplico y lo resuelto en la Sentencia mediante el "Fallo" .Infracción del artículo 218 LEC .

En relación con la congruencia de las resoluciones judiciales el Tribunal Supremo tiene repetido de manera constante, que el vicio de incongruencia conculca lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ( 359 de la LEC de 1881 ), que exige una máxima correlación y concordancia entre las pretensiones deducidas por los litigantes, cristalizadas en el suplico, resumen petitorio de sus escritos alegatorios, con los que se cierra la fase expositiva del proceso, tanto en sus elementos subjetivos, objetivos o referentes a la acción ejercitada, sin que por ello se autorice al juzgador modificar o alterar la «causa petendi» o sustituir por otras las cuestiones debatidas en la litis - sentencias, por todas, de 20 de marzo de 1991 (RJ 1991\2419 ), 14 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10403 ), 6 de marzo de 1995 (RJ 1995\1781 ), 23 de julio (RJ 1996\5568 ) y 30 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8592 ) y 31 de marzo de 1998 (RJ 1998\2038)-.

Sin embargo, la congruencia <<no implica un sometimiento literal y servil a lo solicitado, siendo suficiente la concreción y correlación entre términos, de modo que se decida sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo, en todo o en parte, en el sentido de contribuir a esclarecer y vivificar los correspondientes pronunciamientos solicitados [ SS., por ejemplo, de 4 enero , 17 y 24 julio , 21 noviembre, todas de 1989 , y 30 septiembre 1992 (RJ 1989\94, RJ 1989\5623, RJ 1989\5777, RJ 1989\7899 y RJ 1992\7417)]>>.

También el Tribunal Constitucional se ha tenido que ocupar de la denominada incongruencia «extra petita» y proclama que no puede el órgano jurisdiccional alterar o modificar los términos del debate, ni tampoco decidir sobre cosa distinta por modificación o alteración de la causa de pedir - sentencias 29/1987 , de 6 de marzo (RTC 1987\29), 142/1987, de 23 de julio (RTC 1987\142 ) y 125/1989, de 12 de julio (RTC 1989\125)-. En resumen, que está vedado al juzgador resolver problemas no planteados por las partes en la litis, cuando el Juez se extravía de los términos en que aparece establecida la contienda tal y como viene planteada por las partes litigantes y altera el «petitum», concediendo algo que no se ha postulado, vulnerando con ello el



principio de contradicción y el propio derecho de defensa. Pero debe medirse esta exigencia, precisamente por la adecuación o ajuste entre el «petitum» o suplico y el fallo o parte dispositiva, no permitiendo conceder más de lo pedido por el actor, ni menos de lo admitido por el demandado, ni cosa distinta de lo postulado.

En conclusión, la incongruencia existe cuando en el fallo se otorga algo distinto de lo pedido, o sea que supone una relación entre el suplico del escrito de demanda y el fallo de la sentencia - sentencias de 18 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8361 ), 29 de mayo (RJ 1997\4327 ), 28 de octubre (RJ 1997\7619 ) y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7884 ), 11 de febrero (RJ 1998\753 ), 10 de marzo (RJ 1998\1272 ) y 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9229 ), 4 de mayo (RJ 1999 \3145 ) y 21 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9357 ) y 22 de marzo de 2000 (RJ 2000\2499)- y atiende, según tal doctrina jurisprudencial reiterada que ha de estarse a si se concede más de lo pedido («ultra petita») o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes («extra petita») y asimismo si se dejan incontestadas algunas pretensiones sostenidas por los litigantes («citra petita») siempre y cuando tal silencio judicial no pueda ser interpretado de desestimación tácita.

**CUARTO** .-En un primer orden de consideraciones debemos resolver que no puede prosperar la alegación de lo que la parte denomina de "incoherencia" dado que la juzgadora de instancia a resuelto y respondido a la pretensión de la parte actora concretada en los cinco puntos del suplico de la demanda desestimando los mismos y dando respuesta a lo que se pretendía.

Cuestión distinta es que no se comparta la valoración jurídica que la juzgadora de instancia a plasmado en la sentencia.

Debemos iniciar la resolución de la pretensión revocatoria partiendo de que el propio actor solicita se mantenga la validez de las CLAUSULA SEGUNDA /TERCERA del Testamento otorgado por su madre,DOÑA Celia con fecha de 25 de junio de 2011,ante el notario Don Salvador Eduardo Garcia Parra,con el número de su protocolo 851-Folios 26 a 29-las cuales contiene la siguiente voluntad de la misma:

"SEGUNDA.-Prelega por partes iguales a sus nueve (9)hijos.....y a sus dos nietos.....,los objetos personales,mobiliario,enseres,cuadros y demás objetos de valor existentes en el interior de la vivienda sita en CALLE000 ,número NUM003 ,puerta NUM004 "

*TERCERA.-Lega a su hijo .....lo que por legitima estricta le corresponda ordenando que la misma se satisfaga con metálico procedentes de cuentas bancarias ,depósitos,plazos fijos o fondos de valores que formen parte de la herencia y solo en último término,si neceario fuere,con participación de bienes inmuebles."*

y ante ello debemos decir que frente a dicha pretensión no puede ser objeto de tutela judicial dado que en tanto en cuanto el testamento no devenga nulo dichas clausulas resultan validas sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno.

**QUINTO**.- En relacion con el resto de pretensiones revocatorias concretadas en que el actor,DON Cristobal ,es heredero forzoso y legitimario de su madre Celia que ,en consecuencia es nula de pleno derecho la CLAUSULA PRIMERA del Testamento otorgado por dicha causante,con fecha de 25 de junio de 2011,ante el notario Don Salvador Eduardo Garcia Parra,con el número de su protocolo 851 y que el actor, DON Cristobal , tiene derecho a suceder a su madre Celia ,y a percibir la 11ª parte que como heredero forzoso tiene derecho de la legitima en la herencia sobre las dos terceras partes de la misma que recaen sobre el total de los bienes y derechos que integran el caudal relicto

Debemos decir que partiendo de lo dicho ,entre otras en la **STS, Civil sección 1 del 24 de enero de 2008 ( ROJ: STS 210/2008 - ECLI:ES: TS:2008:210)Sentencia: 29/2008 | Recurso: 4591/2000 | Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ cuando ha establecido:**

" El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum; así lo dicen expresamente las sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990 , 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997 . Artículo 818 del Código civil .

La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código civil .

La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005 . Artículo 819 del Código civil , que se refiere a la imputación de las donaciones."

Asi como la **SAP, Civil sección 2 del 09 de diciembre de 2014 ( ROJ: SAP LE 1063/2014 - ECLI:ES:APLE:2014:1063) Sentencia: 267/2014 | Recurso: 323/2014 | Ponente: MARIA DEL PILAR ROBLES que en un supuesto análogo decidio:**



**"TERCERO.-** Respecto de la imputación de legado.

Se alega por los recurrentes-demandados, que se incurre en error de valoración jurídica al centrar la cuestión en que **al legitimario no heredero** le correspondía uno o dos tercios de la herencia.

La sentencia apelada declara que el actor es heredero forzoso en la terminología que emplea el art. 807 del C. Civil , y por tanto legitimario de su padre Gabriel , y que la legítima que le corresponde al actor es una tercera parte de las dos terceras partes de la herencia, la cual, se halla gravada con el usufructo vitalicio de su madre que el demandante acepta.

La ley protege la legítima y, por eso distingue dos tipos de intangibilidad de la legítima: la cuantitativa y la cualitativa. Con el segundo tipo, la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario, mientras que en virtud de la intangibilidad cuantitativa, se impide otorgar menos de lo que por legítima corresponda. El primer tipo está previsto en el art. 813.2 CC , y su incumplimiento produce la anulación del gravamen, mientras que el segundo se encuentra en el art. 815 CC y da lugar al complemento de la legítima, la intangibilidad afecta al causante, que no puede ni gravar al legitimario, ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que éste tiene para corregir las disposiciones que le perjudican.

El actor ejercita la acción de complemento de la legítima que considera ha sido vulnerada, a la misma se refiere el art. 815 del CC , según el cual: "El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma". La expresión "por cualquier título" implica que el legitimario no tiene que ser heredero forzoso, permitiendo la atribución de la legítima tanto a título de herencia ( STS 24 de enero de 2008 ), como a título de legado ( SSTS de 21 de febrero de 1900 , 25 de mayo de 1917 , 20 de junio de 1986 , 17 de julio de 1996 entre otras), o a título de donación ( SSTS 20 de febrero de 1981 y 24 de enero de 2008 ).

La cuestión que se ha planteado en el recurso, es si ésta legítima es la larga, como señala la sentencia de instancia, (dos tercios: primer párrafo de dicho artículo 808) o la estricta (un tercio), debiendo para ello, interpretarse cual ha sido la verdadera voluntad e intención del testador, a través del análisis conjunto de la cláusulas que contiene el testamento abierto otorgado por D. Eugenio , toda vez que voluntad del testador es Ley de la sucesión y ha de ser mantenida, de acuerdo con el artículo 675 del mismo Código que marca el criterio interpretativo que ha de darse a las cláusulas testamentarias.

El derecho del legitimario ("heredero forzoso") a una parte de la herencia ( art. 806 CC ) se puede satisfacer por el testador dejando "por cualquier título" bienes suficientes para satisfacer su cuota legitimaria, siendo evidente que uno de esos títulos es el legado. En el testamento, al actor se le ha designado sucesor a título particular ( art. 660 CC ) instituido en unos bienes concretos comprendidos en la herencia ( art. 659 CC ), pues así se desprende del propio contenido de la disposición testamentaria segunda, al atribuirle bienes expresamente determinados, en concreto, "los derechos que le correspondan (al causante), en una casa en Gijón C/ DIRECCION000 n° NUM000 , que consta de tres plantas y bajos comerciales, o los bienes que la sustituyeran en caso de enajenación; otro piso en Gijón C/ DIRECCION001 n° NUM001 NUM002 , con su plaza de garaje, y con el cual se entenderá pagado en su legítima", por lo que es llamado a la herencia como heredero forzoso a título de legatario, adjudicándole bienes para cubrir únicamente la legítima, instituyendo herederos universales en el resto de sus bienes, derechos y acciones, a sus dos otros hijos, D<sup>a</sup> Delia en un 60% y D. Gabriel en un 40%, de lo que se deduce la voluntad del causante de atribuir a sus otros descendientes la máxima extensión de la herencia.

El número 1° del artículo 807 del Código Civil señala como primeros legitimarios a los hijos respecto de sus padres, en cuyo caso la cuantía de la legítima serían dos tercios del haber hereditario ( párrafo primero del art. 808 del C.C ). Pero dentro de estas dos terceras partes es preciso hacer una fundamental distinción. Por una parte, el primer tercio, denominado legítima estricta, o corta, tiene que distribuirse por partes iguales entre los hijos y, de concurrir un hijo único, a él tiene que atribuírsele íntegramente. Y, por otra parte, el segundo tercio, denominado legítima larga o mejora, de la que el testador puede disponer a favor de sus hijos o descendientes ( art. 823 del C.C ), y puede además distribuirlos entre ellos de la manera que le parezca más conveniente, a su prudente arbitrio, por consiguiente, y según resulta de los preceptos legales trascritos, la legítima de los hijos y descendientes está integrada por los dos tercios de la herencia (legítima larga), a menos que el causante en su testamento haya dispuesto de uno de estos tercios como mejora a favor de alguno o algunos de los referidos hijos o descendientes, supuesto en el cual la legítima de los hijos y descendientes no mejorados será de un tercio de la herencia, (legítima estricta).

La STS de 18 de junio de 1982 , dice, el artículo 808 del Código Civil , establece, que "la legítima de los hijos y descendientes legítimos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre», añadiendo que "sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos, especificándose en el artículo 823 del propio cuerpo legal, "el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una



de las dos terceras partes destinadas a legítimas», denominándose a "esta porción mejora », a la luz de cuyos preceptos se deduce que como quiera que en tales supuestos la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; si bien este último está afecto a las limitaciones establecidas en los artículos 825 y 828, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos 1.281 y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora.

Tratándose pues del llamado tercio de legítima estricta, la ley proclama la igualdad entre los herederos forzosos, pero en cuanto al tercio de mejora no cabe predicar el mismo aserto, ya que se permite que su distribución se haga con igualdad o desigualdad entre los descendientes, de modo que, si el tercio de mejora es legítima frente a los extraños pero no lo es, sino de libre disposición, entre los hijos, pudiendo adjudicándose a uno solo de ellos, a dos, o a los tres, en la misma cuantía o en diferentes proporciones, la acción de complemento se ha de ceñir a su legítima estricta respetando en lo demás la voluntad del testador que es la ley que rige la sucesión y que no tiene más límite, entre los hijos, que el respeto a la legítima estricta, en este sentido se ha pronunciado la sentencia del TSJ de Galicia de 24 de abril de 2012 , al decir, "En otras palabras, y como bien se indica en la oposición al recurso, si el tercio de mejora es legítima frente a los extraños pero no lo es, sino de libre disposición, entre los hijos, la acción de complemento se ha de ceñir a su legítima estricta con escrupuloso respeto en lo demás a la voluntad del testador que es la ley que rige la sucesión y que no tiene más límite, entre los hijos, que el respeto a la legítima estricta. Así nos lo enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 , con cita de otras muchas, en su fundamento jurídico cuarto: "...y sólo entonces...será cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global en que lo hacen los actores, ha percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta".

El testador conforme a la cláusula segunda del testamento, es claro que solo ha querido dejar al demandante los bienes que integran el legado, "con el que se entenderá pagado en su legítima", esa es la voluntad que de forma manifiesta y rotunda se desprende de su tenor literal de dicha cláusula, y de la distribución que hace en la tercera del resto de sus bienes y en particular de la mejora que establece en relación a su hija Delia , de ahí que lo prioritario sea comprobar, si ha respetado la legítima estricta del legatario que además ostenta la condición de heredero forzoso."

**SEXTO** .-De dichas consideraciones jurisprudenciales aplicadas al caso de autos debemos decir que en principio es cierto que en el testamento, objeto de controversia no existe una declaración expresa de que el actor es heredero forzoso de su madre pero no es menos cierto que el propio contenido de la CLAUSULA TERCERA en el que "lega al mismo la legítima estricta" esta conteniendo el carácter de heredero forzoso legitimario. No pierde su derecho el actor por la no plasmación en el testamento de "heredero forzoso" cuando consta como heredero legitimario.

Solamente tiene derecho a la legítima quien es heredero forzoso según el artículo 806 y 807 CC .

Así el tenor literal del artículo 806 CC dice:

"Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos."

y el artículo 807 del mismo Texto Legal declara que

"Son herederos forzosos:

- 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
- 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
- 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código."





En segundo lugar y respecto de la pretensión a percibir la 11ª parte que como heredero forzoso tiene derecho de la legítima en la herencia sobre las dos terceras partes de la misma que recaen sobre el total de los bienes y derechos que integran el caudal relicto la misma debe ser desestimada dado que

en un primer orden de consideraciones no nos encontramos, en modo alguno, con un supuesto de desheredación dado que si ello hubiera sido como postula la parte apelante-demandante en modo alguno en el testamento le hubiera concedido su madre la legítima.

y en un segundo orden de consideraciones debemos decir que esta clara la voluntad del testador, madre del actor, acudir al legado, como título legal por el que iba a otorgarle la legítima y no por vía de herencia.

Así mismo debe saber el actor-apelante que se le ha otorgado "legítima estricta", es decir, solo con derecho a lo que se denomina primer tercio de legítima pues así se desprende del contenido de la voluntad testamentaria de su madre que no ofrece duda alguna. No siendo su voluntad otorgarle el "tercio de mejora" que si otorgó a los demás herederos.

**SEPTIMO** . -El segundo motivo del recurso de apelación postula la infracción del art. 394 LEC pues en el presente caso no redacción del testamento queda excluido como heredero forzoso por lo que existen serias dudas de que la cláusula primera sea nula al no declarar en el mismo a un heredero forzoso llamado a suceder y sin existir motivo para la desheredación.

La juzgadora de instancia resolvió:

**"TERCERO.**- En cuanto a las costas, de conformidad con el art. 394 de la Lec, procede imponerlas al actor al haber sido desestimadas íntegramente sus pretensiones."

Si partimos de lo dicho por este Tribunal en Sentencia número 343 dictada en el rollo nº 165/2010 en fecha de 8 de junio de 2010 .

**"TERCERO.**- Del principio del vencimiento y de las serias dudas de hecho o de derecho.

*Las concretas decisiones judiciales en aplicación de la legislación sobre costas procesales competen enteramente al Juez o Tribunal que conoce del correspondiente juicio o recurso, mediante resolución que ha de calificarse de estrictamente discrecional aunque no arbitraria ( SSTC 147/1989 , 134/1990 y 146/1991 ). Con carácter general se estableció para los juicios declarativos el criterio del vencimiento en materia de costas, en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de la reforma introducida por la Ley 34/84 de 6 de agosto, criterio que ha mantenido la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 394 , con la única excepción de que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, es lo que se denomina discrecionalidad razonada. Con ello se trata evitar que el sistema del vencimiento sea una consecuencia fatal y automática; pero el criterio general es el de la imposición de costas, de modo que sólo la aplicación discrecional de la excepción debe justificarse, pues exige que concurren circunstancias de extraordinaria importancia, que han de razonarse en su aplicación; mientras que la imposición de las costas ha de entenderse como la consecuencia ordinaria del proceso declarativo. La imposición de las costas a quien pierde no es una sanción a éste por su temeridad procesal, sino una aplicación del principio de indemnidad, que predica la contraprestación de los gastos ocasionados al que obtuvo la victoria, para garantizar que quede inalterado su patrimonio por los gastos de un proceso, que ha tenido que padecer para conseguir la efectividad de su derecho ( Sentencia TSJ núm. 11/2004 Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 1 abril ).*

*Así pues, el principio general en materia de imposición de costas en nuestro proceso civil sigue siendo el objetivo del vencimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 394.1 de la LEC de 2000 . Esta desviación del principio general del vencimiento debe aplicarse con el mismo carácter excepcional que contemplaba el viejo art. 523 de la LEC de 1881 , pero con un ámbito menos genérico y más restringido para el arbitrio judicial, dado que ya no sirve apreciar cualquier «circunstancia» excepcional y la Ley impone la necesidad de considerar la existencia de dudas «serias» y objetivas sobre la solución del litigio, al margen del enfoque subjetivo que del mismo hagan las partes o el Juez, debiendo estar tales dudas basadas en la jurisprudencia sobre casos similares cuando afecten a su vertiente jurídica (art. 394.1, párrafo segundo). Esta libertad de apreciar estos motivos que hagan quebrar el principio general supone una discrecionalidad razonada, que corresponde ser apreciada por el Juzgador de instancia (en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril y 2 de julio de 1991 ).*

*En relación con las dudas de derecho expresamente se alude a la jurisprudencia recaída en casos similares al contemplado, de donde se induce que en aquellos supuestos en los que existan varias soluciones jurisprudencialmente recogidas, la adopción de una de ellas no ha de suponer el perjuicio de la parte que, al menos, se ha apoyado en una dirección jurisprudencialmente admitida. Mayores problemas se plantean en cuanto a la determinación de las dudas de hecho . Se trata, de realizar un juicio de razonabilidad sobre la posición de la parte que, en definitiva, pudiera ser condenada al pago de las costas procesales. Ese juicio lo que viene a*



*determinar es si cabe, desde un punto de vista objetivo y a la luz de lo que resulte conocido de la parte, sostener la pretensión que a ella le asista."*

No puede predicarse en la cuestión jurídica que nos ocupa las dudas postuladas por la parte apelante dada la reiterada jurisprudencia que la respecto se ha pronunciado, dada la claridad de la normativa jurídica y dada la claridad de la voluntad de la testadora.

**OCTAVO.**- En materia de costas procesales, y en virtud del art. 394 en relación con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede su imposición a la parte apelante.

**NOVENO** .-La Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ establece que la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios, la revisión y la rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde, en los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso-administrativo, precisaran de la constitución de un depósito.

Si se estimare total o parcialmente, o la revisión o rescisión de la sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito, al que se dará el destino previsto en esta disposición.

Vistos los preceptos legales aludidos y demás de general y concordante aplicación al caso de autos

## FALLO

En atención a lo expuesto, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia en nombre de S.M. EL Rey y por la autoridad conferida por la Constitución aprobada por el pueblo español

DECIDE

1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por DON Cristobal .

2º) Confirmar la Sentencia de fecha 1 de febrero de 2016 .

3º) Imponer a la parte apelante las costas procesales.

4º) Con pérdida del depósito.

Esta sentencia no es firme y contra ella recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO, si se acredita interés casacional . El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LECn ).

También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn ) recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación por interés casacional.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.