

SAP de Álava de 8 de mayo de 2012

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Iñigo Madaria Azcoitia, Presidente, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrados, ha dictado el día ocho de mayo de dos mil doce

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N° 242/12

El recurso de apelación civil Rollo de Sala n° 109/2012, procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de Amurrio, derivado de los Autos de Juicio Ordinario n° 176/2011, ha sido promovido por **D. Ismael**, representado por el Procurador de los Tribunales D. IÑAKI SANCHÍZ CAPDEVILA, asistido del letrado D. GORKA ACHA ROMO, frente a la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2011. Es parte apelada **D^a Begoña**, representada por la Procuradora de los Tribunales M^a SOLEDAD BURÓN MORILLA, asistida del letrado D. J. HERRANZ AMATRIAÍN. Actúa como ponente el Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Amurrio se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

" Que estimando íntegramente las pretensiones deducidas en la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales doña María Soledad Burón Morilla, en nombre y representación de doña Begoña , como parte demandante, contra don Ismael , como parte demandada:

Declaro la nulidad parcial del testamento otorgado por don Jose Ángel el día diecisiete de marzo de 2010, ante el notario de Llodio don Álvaro Marqueño Ellacuría, en la medida en que afecta a la legítima de doña María Begoña.

Declaro a doña Begoña heredera de las cuatro quintas partes del haber hereditario de su padre, don Jose Ángel.

Condeno a don Ismael a estar y pasar por tales declaraciones.

Se hace expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte demandada".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de la D. Ismael en el que entendía incorrectamente aplicado el art. 394 LEC, pues consideraba que la estimación de la demanda no había sido total ni sustancial, sino parcial y por lo tanto, ya se entendiese estimado en parte la solicitud principal, ya la subsidiaria, no procedía imposición de costas.

TERCERO.- El recurso que se tuvo por interpuesto mediante resolución de 26 de diciembre de 2011, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de D^a Begoña , escrito de oposición al recurso presentado de contrario, elevándose posteriormente los autos a esta Audiencia Provincial.

CUARTO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 8 de febrero de 2012 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

QUINTO.- En providencia de 20 de marzo se acordó citar para deliberación, votación y fallo el día 3 de mayo siguiente.

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre el grado de estimación de la demanda

La parte recurrente se había opuesto a la demanda en la que se reclamaba la nulidad del testamento que le instituía único y universal heredero de D. Jose Ángel, que había apartado a la demandante, su única hija, D^a Begoña, en aplicación de la previsión del art. 54 de la **Ley 3/1992**, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco. Siendo la cuestión puramente jurídica, la demanda es estimada puesto que se interpreta que la libertad testamentaria del causante no le faculta, como vizcaíno, pese a haber otorgado el testamento en Llodio, a prescindir de todos los legitimarios, ya que la libertad que concede dicho precepto le autoriza disponer de la legítima *colectiva* a favor de cualquiera de sus sucesores, pero no a apartarlos a todos como sucedía en este caso.

La apelante, opositora en primera instancia, sólo discute la imposición de costas. Considera que la estimación no ha sido total, sino parcial, comparando los términos de

la solicitud de la demanda con los del fallo recurrido. Dice al respecto que la demanda pedía la nulidad del testamento mientras que la sentencia sólo lo acuerda en la medida que perjudica la legítima de D^a Begoña, que alcanza las cuatro quintas partes del haber hereditario. Sin embargo en la solicitud lo que consta es que se pide la nulidad del testamento, y a continuación, la nulidad de la institución de heredero único y universal a favor del demandado, en todo lo que perjudique a la legítima, que es precisamente lo concedido por la sentencia. Es decir, que se pide la nulidad del testamento y se concede, se pide la nulidad de la institución de heredero y se acoge, y se solicita que la demandante sea reconocida como legitimaria y así se declara también. En definitiva, que la demanda se ha estimado íntegramente.

En el apartado segundo del motivo se alega que el reconocimiento de varias peticiones en la solicitud de la demanda es una fórmula subsidiaria que impide la condena en costas, poniéndose varios ejemplos de reclamación de cantidad o ineficacia contractual que nada tienen que ver con el supuesto de autos. Además las peticiones que se hacen en la demanda no son subsidiarias, sino forman una sola, ya que se pide la nulidad del testamento en tanto que se entiende nula la institución de heredero y se reclama se reconozca el derecho legitimario de la demandante en la proporción legal.

Efectivamente eso es lo que hace la sentencia, que declara la nulidad del testamento en tanto afecta los derechos de la heredera forzosa, cuya legítima debe ser respetada según la resolución, en los términos en que se pretendían en la demanda. Es decir, no se desecha una petición principal acogiendo la subsidiaria, ni la primera de ellas, la nulidad del testamento es parcial, puesto que la propia solicitud, igual que la fundamentación jurídica y hechos, en definitiva constituyen la pretensión. Ya dijimos en nuestra SAP Álava, Secc. 1^a, de 13 de marzo de 2012, Rec. 717-2011, que *«la determinación de la pretensión se integra sumando a la concreta solicitud que se plantea al juzgado (petitum), el fundamento en el que se sustenta, causa de pedir (causa petendi). La causa de pedir es el conjunto de datos, fácticos y jurídicos, que fundamentan la pretensión. De ahí que el art. 218.1 LEC, al disciplinar el principio iura novit curia, disponga que el tribunal puede resolver sin apartarse de la "causa de pedir"»*. Lo pretendido por el actor era la nulidad del testamento en tanto instituía indebidamente a un heredero apartando sin justificación a la legitimaria. Esa solicitud ha sido sustancialmente acogida por la sentencia.

Esto supone la correcta aplicación del art. 394.1 de la **Ley** 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en cuanto dispone la condena en costas del demandado, sin que haya habido dudas de hecho o derecho que justifiquen lo contrario, por lo que no puede acogerse la pretensión del recurrente.

SEGUNDO.- Depósito para recurrir

Habiéndose desestimado el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 9 de la D.A.15^a de la **Ley** 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOP), se decreta la

pérdida del depósito consignado para recurrir que se ingresará en la cuenta de recursos desestimados.

TERCERO.- Costas

Conforme al art. 398.1 LEC, que remite al art. 394.1, las costas se imponen al recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. IÑAKI SANCHÍZ CAPDEVILA, en nombre y representación de D. Ismael frente a la sentencia de 15 de noviembre de 2011 dictada en los autos de procedimiento ordinario nº 176/2011 por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Amurrio .

2.- DECRETAR la pérdida del depósito consignado para recurrir, que se ingresará en la cuenta de recursos desestimados.

3.- CONDENAR al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNACION: Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional así como recurso extraordinario por infracción procesal caso de haber el anterior, por escrito, en el caso de ambos en uno mismo, ante esta Audiencia Provincial y dentro del plazo de veinte días desde el día siguiente a la notificación de aquella, correspondiendo su conocimiento a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (art. 479 LEC).

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario Judicial doy fe.