



Roj: **SAP O 2553/2017 - ECLI:ES:APO:2017:2553**

Id Cendoj: **33044370062017100291**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **06/10/2017**

Nº de Recurso: **290/2017**

Nº de Resolución: **310/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

#### **OVIEDO**

SENTENCIA: 00310/2017

N10250

C/ CONCEPCION ARENAL. 3 4 PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

**N.I.G.** 33049 41 1 2015 0100294

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000290 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de PILOÑA (INFIESTO)

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000256 /2015

Recurrente: Rogelio

Procurador: IGNACIO DIAZ TEJUCA

Abogado: ELADIA DIAZ SOPEÑA

Recurrido: Vicente , Sacramento , Luis Manuel

Procurador: , MONICA GONZALEZ ALBUERNE , MONICA GONZALEZ ALBUERNE

Abogado: , SECUNDINA CUERIA DIAZ , SECUNDINA CUERIA DIAZ

RECURSO DE APELACION (LECN) 290/17

En OVIEDO, a seis de Octubre de dos mil diecisiete. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D<sup>a</sup> María Elena Rodríguez Vígil Rubio Presidente, D. Jaime Rianza García y D<sup>a</sup>. Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

#### **SENTENCIA N°310/17**

**En el Rollo de apelación núm.290/17** , dimanante de los autos de juicio civil ordinario, que con el número 256/15, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N°1 de Piloña, siendo apelante **DON Rogelio** , demandante en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Díaz Tejuca y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Díaz Sopeña; y como parte apelada **DOÑA Sacramento** , **DON Luis Manuel** , demandados en primera instancia, representados por el/la Procurador/a Sr./a González Albuerne y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Cueria Díaz, **DON Vicente** , demandado en primera instancia y en situación de Rebeldía Procesal; **ha sido Ponente el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado don Jaime Rianza García.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Piloña, dictó sentencia en fecha 9-03-17 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que, con desestimación de las excepciones de falta de legitimación activa, falta de acción y de prescripción de la deuda, debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por D. Rogelio CONTRA D. Vicente , D<sup>a</sup> Sacramento y D. Luis Manuel y declaro que D. Carlos tiene derecho a percibir el legado dispuesto en la cláusula tercera de **testamento** notarial otorgado por su padre D. Emiliano el 22 de febrero de 2005, absolviendo a la parte demandada de las restantes peticiones deducidas en su contra y sin expresa imposición de costas."

**SEGUNDO** .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 3-10-17.

**TERCERO**.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La sentencia de instancia rechazó la acción de nulidad del **testamento** interpuesta al amparo del artículo 814 del Cc . por reputar que la misma había caducado al tiempo de interposición de la demanda y estimó por el contrario la acción subrogatoria ejercitada al amparo del artículo 1111 del Cc . condenando a los herederos a la entrega del legado del usufructo del tercio de libre disposición dejado por el testador a su deudor.

Interpone recurso el demandante por infracción del artículo 218 de la LEC invocando que la sentencia incurre en incongruencia extra petita al fundar su ratio decidendi en una excepción que no había sido opuesta de adverso, cuanto más que vulneraba el artículo 1.969 del Cc . desconociendo que el acreedor había conocido el **testamento** impugnado en diciembre de 2011, pues hasta entonces no se recibió en el Juzgado la información solicitada al Principado de Asturias sobre la documentación presentada con motivo de la liquidación del impuesto de sucesiones del testador.

**SEGUNDO**.- Ciertamente la congruencia se refiere a la adecuación entre el petitum de la demanda y el fallo, pero no es extensible a una necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el órgano judicial ( STC 48/1989, de 21 de febrero ; 118/1989, de 3 de julio, etc , y de esta Sala de 31 de enero de 1986 , 12 de marzo de 1990 , 4 de enero de 1989 , 8 de mayo de 1990 , 30 de abril y 13 de julio de 1991 , etc.).

En otras palabras, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS 24 y 28 de junio y 28 de octubre de 2005 , 1 de febrero , 27 de septiembre , 24 de octubre , 30 de noviembre , 12 y 18 de diciembre de 2006 , 28 de febrero y 16 de marzo de 2007 , entre las más recientes) el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre los pedimentos de las partes oportuna y convenientemente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el petitum (la petición) y la causa petendi (causa de pedir) o hechos en que se fundamente la pretensión deducida; en particular es necesario recordar que la delimitación de la cuestión litigiosa viene determinada por la demanda y "por las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito" ( STC 41/1989, de 16 de febrero ) por lo que, si bien el órgano judicial puede aplicar normas jurídicas distintas de las invocadas por las partes, en ningún caso podrá para variar sustancialmente la causa petendi (SSTC 88/1992, de 8 de junio; 95/1993, de 22 de marzo; 112/1994, de 11 de abril; y de esta Sala 12 de diciembre de 1986, 28 de mayo de 1985).

En el caso que nos ocupa la contestación a la demanda efectuada por Dña. Sacramento y D. Luis Manuel planteaba que la acción ejecutiva había prescrito por haber transcurrido con creces el plazo de quince años previsto en el artículo 1964 del Cc . para su ejercicio pues la sentencia dictada por la Sección 1<sup>a</sup> de esta Audiencia había ganado firmeza el 7 de noviembre de 1984 y sin embargo el actor no había instado su cumplimiento hasta el 10 de julio de 2002, o en el mejor de los casos hasta el 6 de mayo de 2002.

Es decir, reprodujeron un alegato que ya había sido formulado al Tribunal sentenciador y que este había desestimado por auto de 14 de octubre de 2002, confirmado en súplica el 19 de noviembre siguiente, razón por la que la sentencia de instancia rechaza correctamente la prescripción de la acción prevista en el artículo 1971 del Cc ., aun cuando declina conocer de la acción de nulidad del **testamento** por preterición intencional de un legitimario a que se refiere el artículo 814 del Cc ., por reputar que la misma estaba sujeta a plazo de caducidad de cuatro años, contados desde la muerte del testador, y que el mismo había transcurrido a la fecha de interposición de la demanda.



Llegados a este punto recordaremos que "La caducidad genera la decadencia de los derechos o facultades automáticamente, por el simple transcurso del tiempo, de produce por ministerio de la ley y no puede ser evitada por el órgano judicial de modo que puede y debe ser apreciada de oficio ( Sentencias de 30 abril 1940 y 26 de septiembre de 1997 )

Por el contrario la excepción de prescripción extintiva no es estimable de oficio, por lo que debe ser invocada como tal (o como acción), según reiterada jurisprudencia (entre otras 31 marzo y 31 octubre 1995, 21 febrero 1997, 22 enero y 19 marzo 1999, y 22 de diciembre de 2000)

Así pues, si el plazo que nos ocupa fuera de caducidad nada habría que reprochar a la sentencia de instancia por haberlo aplicado de oficio, mientras que por el contrario si fuera de prescripción habría incurrido en incongruencia.

La sentencia del TS de 14 de diciembre de 2014 expuso que "la cuestión interpretativa que presenta el artículo 814 del Cc acerca de la naturaleza de la ineficacia derivada y su relación con los regímenes típicos de la misma, nulidad radical, anulabilidad o rescisión, debe de ser resuelta en favor de este último por razón de su carácter funcional, parcial, relativo y sanable; todo ello de acuerdo con el siguiente marco de interpretación que a continuación se expone en atención al anterior contexto doctrinal señalado.

En primer lugar debe señalarse que la interpretación rectora del artículo 814 en relación con la preterición no intencional de hijos y descendientes, sin resultar todos ellos preteridos, caso que nos ocupa, lejos de descansar en la mera literalidad del apartado segundo, esto es, la anulación de la institución de herederos, se apoya en la voluntad testamentaria (voluntas testatoris) como ley suprema de la sucesión, tal y como establece su párrafo final: "A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador" y confirma sistemáticamente el citado apartado segundo, en donde la referida anulación de la institución de heredero se realiza sin perjuicio de "las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título".

Desde la preferencia de este criterio interpretativo, por lo demás, respetuoso tanto con los antecedentes históricos de la figura, esto es, con la "querella inofficiosi testamenti", como con los precedentes más inmediatos, caso de la Reforma de 1981 respecto de la inclusión de las mejoras; el vicio o defecto que presenta la declaración testamentaria no responde a una ineficacia estructural, propia de la nulidad o anulabilidad, sino a una ineficacia funcional que parte, en todo caso, de la validez estructural de lo ordenado por el testador para purgar o ajustar a Derecho los efectos que resulten lesivos de dicha declaración.

En esta línea, y en segundo lugar, también se mueve la interpretación sistemática del precepto y del fenómeno jurídico que lo sustenta. En efecto, el criterio sustentado viene confirmado tanto por la posibilidad de renunciabilidad de la acción de impugnación por preterición y su no declaración de oficio, como por la validez de la transacción al respecto; pero, sobre todo, tal y como expresamente destaca la Sentencia citada de 3 de noviembre de 2014 (núm. 587/2014 ), por la interpretación sistemática que a estos efectos cabe establecer entre los artículos 764 y 814 del Código Civil en orden a la preferencia de la validez testamentaria aun en el supuesto de que carezca de institución de heredero o que dicha institución resulte ineficaz.

Por último, y en tercer lugar, en la interpretación del precepto y de la razón de ineficacia derivada, debe tenerse en cuenta lo ya vertido acerca del principio de conservación del **testamento** y de la partición realizada ("favor testamenti y favor partitionis"), particularmente ejemplificado en la puntualización técnica del artículo 108 del Cc., que alude técnicamente a la no rescindibilidad de la partición, y su encaje sistemático con los citados artículos 764 y 814 del Código Civil . Principio que, entre otros extremos, determina que la voluntad manifestada por el testador (675 del Cc.) siga siendo el criterio rector para la interpretación de las cuestiones que susciten bien la ineficacia de la institución de heredero, caso de la determinación patrimonial del derecho hereditario del heredero preterido, o bien, supuesto tratado en el presente caso, de la responsabilidad proporcional al llamamiento y cuota hereditaria establecida respecto del valor de reintegración derivado de la indebida venta de un inmueble hereditario por los beneficiarios estatuidos testamentariamente. Si bien, este último aspecto podría haber tenido una distinta solución jurídica con base al artículo 1084 del Cc .

Esa misma resolución reseña que la acción de impugnación testamentaria por preterición no intencional de un heredero forzoso no esté sujeta a un régimen de imprescriptibilidad, sino de caducidad y, a su vez, tampoco esté sujeta a la posible interrupción prescriptiva, propia del régimen de la anulabilidad de los contratos".

Así pues el TS. abandona la tesis sustentada en la sentencia de 27 de enero de 1989 en la que sostuvo que cuando la acción ejercitada es en defensa de la legítima el plazo de prescripción es de treinta años, y no el de cuatro relativo a una partición.

Confirma esa línea interpretativa la sentencia del TS de 23 de junio de 2015 cuando precisó que "pese al tenor literal del precepto, la acción que se ejercita no se incardina, en sentido técnico, en el marco de una acción de nulidad que provoque la invalidez estructural de lo ordenado por el testador sino que responde, más bien, a la



dinámica de las acciones o medidas de resolución propias de la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. De ahí que la causa de la impugnación no sea otra que la propia preterición del heredero forzoso, esto es, heredero legitimario, y que la ineficacia resultante se dirija funcionalmente a purgar los efectos que resulten lesivos de cara al derecho que le asiste al heredero preterido como legitimario del causante."

Es verdad que esta segunda sentencia se centra fundamentalmente en la calificación jurídica de la acción, pero ello no obstante debe entenderse que hace suya por entero la de 10 de diciembre de 2014 y en consecuencia descartamos que la aquí recurrida haya incurrido en incongruencia examinando de oficio la posible caducidad de la acción y examinaremos si, como sostiene el apelante, la juez a quo infringe el artículo 1969 del Cc. al fijar como dies a quo el del fallecimiento del testador, en lugar de la fecha de recepción de la información facilitada por la Agencia Tributaria.

**TERCERO.-** El precepto en cuestión debe ser interpretado en relación con el artículo 5 del Anexo II del Reglamento Notarial en el que se determina el régimen de los asientos del Registro General de Actos de Última Voluntad, conforme al cual "El Registro general y los particulares de cada Colegio o Notaría serán reservados, bajo la responsabilidad del personal destinado a este servicio en la Dirección y en los Decanatos de los Colegios Notariales.

Sólo podrán expedirse certificaciones de lo que resulte del registro general en los casos siguientes:

1º Cuando las pidan los Jueces o Tribunales u otras autoridades para asuntos del servicio, expresando cuál sea.

2º Cuando lo soliciten los mismos otorgantes, acreditando su personalidad, o mandatario con poder especial otorgado ante Notario.

3º Cuando se pidan por cualquier persona, si acredita o consta ya acreditado con documento fehaciente el fallecimiento de aquella de quien se desee saber si aparece o no registrado algún acto de última voluntad, siempre que hayan transcurrido quince días desde la fecha de defunción.

El último apartado revela que el actor pudo obtener la certificación correspondiente una vez conocido el fallecimiento del testador, sin que sea óbice que para ello debiera aportar el certificado de defunción porque el artículo 6 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 indica que "El Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos, con las excepciones que prevean ésta u otras leyes.

La publicidad se realiza por manifestación y examen de los libros, previa autorización, tratándose de Registros Municipales, del Juez de primera instancia, y por certificación de alguno o de todos los asientos del mismo folio, literal o en extracto, o negativa si no los hubiere."

Así pues, solo resta saber si el demandante podía solicitar directamente una copia del **testamento**, lo que nos lleva al artículo 224 del Reglamento Notarial, conforme al cual tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, los propios otorgantes, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura o póliza incorporada al protocolo algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y finalmente quienes acrediten, a juicio del notario, tener interés legítimo en el documento.

Es claro que el recurrente no era ninguno de los otorgantes, ni de los favorecidos por el **testamento**, de manera que solo podría obtener copia del mismo acreditando ante el notario autorizante su interés legítimo en dicho documento; la incertidumbre sobre la interpretación que el fedatario pudiera hacer a este respecto y el carácter restrictivo con el que deben eximirse dichas solicitudes que se desprende de la Resolución de la DGRN de 2 de julio de 2011 justifican que aquel recabara el auxilio judicial, mediante el cual le fue facilitada copia del **testamento** y la relación de bienes declarados por los herederos en la liquidación del impuesto de sucesiones.

Ese particular sería suficiente para rechazar la caducidad de una acción que la parte había ejercitado dentro de los cuatro años siguientes del acceso al **testamento**, con el agravante de que en este caso el **testamento** tampoco obvió por completo al legitimario deudor, antes bien el testador le legó el usufructo del tercio de libre disposición argumentando que la legítima debía entenderse satisfecha por las donaciones recibidas en vida, de manera que el conocimiento de aquel instrumento no agota la investigación necesaria para el ejercicio de la acción, siendo necesario indagar si existía constancia oficial de tales donaciones; por todo ello debe reputarse que la sentencia ha infringido el artículo 1969 del Cc. al computar el plazo de cuatro años desde la muerte del causante, lo que nos llevará a comprobar si el **testamento** lesiona la legítima del deudor y sus consecuencias.

**CUARTO.-** El TS ha indicado (sentencia de 5 de octubre de 1991) que la preterición voluntaria significada por la omisión de un heredero forzoso cuya existencia conoce el testador, no puede tener más alcance que el previsto para el caso de desheredación, que según el artículo 851 del Código Civil anula la institución de heredero tan sólo en cuanto signifique perjuicio al desheredado sin causa o sin eficiencia de la en que se base la desheredación, con pervivencia de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, en lo que



no perjudiquen la legítima del desheredado, entendiendo por tal la legítima corta o estricta pues esa es la que la ley imperativamente le reconoce y permite cohonestar esta con la voluntad del testador que con arreglo al artículo 675 del Código Civil es la ley prevalente en toda disposición testamentaria.

Así pues el **testamento** que omita deliberadamente a un heredero forzoso incurre en vicio que perjudica la legítima estricta, con la correspondiente reducción de los legados, mejora y demás disposiciones testamentarias de contenido patrimonial que el **testamento** contenga.

En el caso enjuiciado reiteramos que el testador asignó a su hijo Luis Manuel un legado de usufructo del tercio de libre disposición, dejando a sus hijos -nietos del testador- la nuda propiedad de ese mismo tercio; para justificar tal disposición el testador afirmaba que el resto de la legítima le había sido donado en vida, si bien este particular ha sido descartado por la sentencia recurrida por falta de prueba de las mentadas donaciones.

Así pues tendremos que dilucidar si el legado de usufructo cubre la legítima estricta o corta, que en este caso es un noveno de la **herencia** porque el legatario concurre a la **herencia** con dos hermanos.

En este orden de cosas el artículo 26 de la Ley 29/1987, del impuesto sobre sucesiones y donaciones, señala a este respecto que "En los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1 por 100 menos por cada año más, con el límite mínimo del 10 por 100 del valor total; es así que el legitimario nació el NUM000 de 1954 por lo que a la muerte del testador, ocurrida el 30 de marzo de 2011, tenía cincuenta y seis años; aplicada la norma tributaria antes citada resulta que lo legado al legitimario representaba el 34% del valor del tercio de libre disposición y en consecuencia debe reputarse que el testador respetó el derecho de su hijo a la legítima estricta o corta, de modo que, aunque por distintas razones, se confirma la sentencia recurrida.

**QUINTO.-** De conformidad con el artículo 398 de la L.E.C., se imponen al apelante las costas causadas en esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

## FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Rogelio contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Piloña en los autos de que este rollo dimana imponiendo al apelante las costas de esta segunda instancia.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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

E/