



Roj: **SAP PO 1413/2019 - ECLI:ES:APPO:2019:1413**

Id Cendoj: **36038370032019100243**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **12/06/2019**

Nº de Recurso: **410/2018**

Nº de Resolución: **241/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JAIME ESAIN MANRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00241/2019

N10250

/ROSALÍA DE CASTRO NÚM. 5 - 2-IZQ. (PONTEVEDRA)

-

Tfno.: 986805127/28/29/30 Fax: 986805123

EM

N.I.G. 36042 41 1 2016 0000830

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000410 /2018

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.3 de PONTEAREAS

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000293 /2016

Recurrente: Hernan

Procurador: JORGE SUAREZ GARAYO

Abogado: JOSE MANUEL NIETO RAMILO

Recurrido: Gregoria , HERENCIA YACENTE DE Herminia

Procurador: MARIA JOSEFA FERNANDEZ PIÑEIRO

Abogado: PATRICIA HORTENSIA IGLESIAS FERNANDEZ

SENTENCIA Nº: 241/2019

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES

PRESIDENTE

D. ANTONIO J. GUTIÉRREZ R.- MOLDES.

MAGISTRADOS

D. JAIME ESAIN MANRESA.

D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

En PONTEVEDRA, a doce de junio de dos mil diecinueve



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000293/2016, procedentes del **XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de PONTEAREAS**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000410/2018**, en los que aparece como parte apelante, D. Hernan, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JORGE SUAREZ GARAYO, asistido por el Abogado D. JOSE MANUEL NIETO RAMILO, y como parte apelada, D^a. Gregoria, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA JOSEFA FERNANDEZ PIÑEIRO, asistida por la Abogada D^a. PATRICIA HORTENSIA IGLESIAS FERNANDEZ, y HERENCIA YACENTE DE Herminia, sobre acción declarativa, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. JAIME ESAIN MANRESA.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de PONTEAREAS, se dictó sentencia de fecha 11 de junio de 2018, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por Hernan, asistido del Letrado José Manuel Nieto Ramilo y representado por el Procurador de los Tribunales Jorge Suárez Garayo contra Gregoria asistida de la Letrada Patricia Hortensia Fernández Iglesias y representada por la Procuradora de los Tribunales Josefa Fernández Piñeiro y contra la herencia yacente de Herminia y, en consecuencia, debo absolver a la demandada de las pretensiones solicitadas por la actora, por la apreciación de la caducidad de la acción.

< span lang=ES-TRAD style='mso-bidi-font-size:12.0pt;mso-bidi-font-family:"Courier New"; mso-ansi-language:ES-TRAD'>Se imponen las costas a la parte actora".

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

< span lang=ES-TRAD style='mso-bidi-font-size:12.0pt;mso-bidi-font-family:"Courier New"; mso-ansi-language:ES-TRAD'>Se aceptan los principales contenidos en la resolución impugnada, salvo lo que se dirá en el capítulo de costas.

PRIMERO.- La sentencia apelada, apreciando la **caducidad** de la acción de **impugnación del testamento** otorgado por Herminia el 15.1.1998 por **desheredación**, desestimó la demanda de procedimiento ordinario interpuesta por el hijo de la causante, Hernan, frente a la instituida única heredera, Gregoria y a la HERENCIA YACENTE de la testadora fallecida el 16.5.1998, con imposición de costas al actor, interpretando principales arts. 850, 851, 853.1^a y 2^a, 806 ss. CC, art. 266 y Disposición Transitoria Segunda LDCG 2/2006, LDCG 4/1995 y art. 394 LEC.

< span lang=ES-TRAD style='mso-bidi-font-size:12.0pt;mso-bidi-font-family:"Courier New"; mso-ansi-language:ES-TRAD'> Recurre en apelación la parte demandante.

SEGUNDO.- La actora combate fundamentalmente en demanda la desheredación contenida en la cláusula PRIMERA del **testamento** otorgado en fecha 15.1.1998 por su madre Herminia, solicitando que se deje dicha disposición sin efecto por no concurrir supuestos previstos en el art. 853,1^a y 2^a CC, y, como consecuencia de la nulidad declarada, se reconozcan sus derechos sucesorios como heredero forzoso.

Se ejercita, por tanto, **acción de impugnación de testamento por desheredación** basada en art. 851 CC, y no acción de petición de herencia, como defiende el actor en su recurso.

Así se deduce de la conjunta lectura de la demanda, en concreto, del contenido resumido en HECHO SEXTO, de la cita expresa en la fundamentación del art. 851 CC, y de las pretensiones en cascada incorporadas al suplico, con independencia de la cita a la acción de petición de herencia razonada sobre el fondo del asunto, en dicho escrito rector.

TERCERO.- Partiendo de lo dicho, debe entenderse con la sentencia impugnada, que la mentada acción de impugnación de **testamento** por desheredación se encuentra sujeta a un plazo de **caducidad de cuatro años**, habida cuenta argumentaciones doctrinales y más moderna jurisprudencia.



La STS 10.12.2014 -ponderada en SS. AP Asturias de 2.12.2016 (Secc. 7ª) y 6.10.2017 (6ª)- analiza al respecto controversia doctrinal entre los que defienden plazo cuatrienal de caducidad (1.301 CC), plazo de caducidad de cinco años (art. 15 b) 4º LH) o plazo general de prescripción de quince años (art. 1.964 CC). Tratándose de acción de desheredación, concurre designación expresa del desheredado en la disposición testamentaria, a diferencia de la preterición, actuando de modo inherente la impugnación de la exclusión de acuerdo al art. 851 CC con consiguiente petición de legítima por el desheredado. Procede, entonces, aplicar a dicha acción de impugnación de desheredación el plazo de caducidad de cuatro años -y no el plazo general de prescripción correspondiente a la acción de petición de herencia-, haciendo hincapié en el efecto peculiar de inversión de carga probatoria asociada a la primera, en la línea de lo dispuesto en las legislaciones forales, y facilitando con el más breve plazo el análisis judicial más reciente de las concretas circunstancias del caso.

En el supuesto enjuiciado no puede aplicarse el plazo de caducidad quinquenal recogido de modo especial, para acciones a causa de desheredamiento injusto, en el art. 266 LDCG 2/2006, habida cuenta la entrada en vigor señalada en Disposición Transitoria Segunda de la misma, ni ofrece regulación la anterior LDCG 4/1995, debiéndose acudir en razonabilidad a la antes comentada directriz jurisprudencial interpretativa de la legislación común, con fijación del plazo de caducidad cuatrienal explicado. De modo que, producido el fallecimiento de Herminia el 16.5.1998 (f.10) y presentada demanda el 17.6.2016, se impondrá el refrendo de la excepción de caducidad impugnada.

CUARTO.- En materia de **costas** concurren circunstancias en el caso estudiado que aconsejan la **no imposición** , acogiendo previsión excepcional del art. 394.1 LEC .

Se constatan diferencias doctrinales en la materia que desembocan en distintos pronunciamientos jurisprudenciales, como SS. AP Castellón (Secc. 3ª) 27.7.2011 y AP Las Palmas (Secc. 5ª) 11.7.2018 , que defienden plazo de prescripción de la acción de 15 años en aplicación de art. 1.964 CC . Y en el caso enjuiciado no se alega caducidad en la conciliación celebrada el 28.4.2016, aduciéndose la excepción en contestación con fundamento en inaplicable art. 266 LDCG 2/2006.

Prosperará, entonces, la apelación en este único aspecto.

QUINTO.- La estimación de la pretensión recurrente referida a costas justificará el no pronunciamiento en costas de la alzada, según art. 398.2 LEC .

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

FALLO:

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Jorge Suárez Garayo, en nombre de D. Hernan , y **revocamos** en parte la sentencia impugnada dictada en fecha 11 de julio de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pontareas , en el exclusivo sentido de **suprimir la condena en costas** a la parte actora recogida en el fallo y establecer que **no se efectúa pronunciamiento en costas de ambas instancias** , manteniéndose el pronunciamiento principal desestimatorio de demanda por caducidad.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y contra la misma podrán las partes legitimadas optar por interponer el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal o el Recurso de Casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de 20 días, contados desde el día siguiente a su notificación, conforme disponen los Arts. 466 y ss. y la Disposición Final 16ª LEC /00.

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 Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Una vez firme, expídase testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Notifíquese asimismo esta resolución al/los apelado/s rebelde/s, según dispone el artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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