



Roj: **STSJ PV 2805/2022 - ECLI:ES:TSJPV:2022:2805**

Id Cendoj: **48020310012022100100**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2022**

Nº de Recurso: **29/2022**

Nº de Resolución: **18/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL AYO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO CIVIL Y PENAL

EAEko AUZITEGI NAGUSIA

ARLO ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA

BARROETA ALDAMAR, 10-1ª planta - C.P./PK: 48001 Bilbao

TEL.: 94-4016654 **FAX:** 94-4016997

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: tsj.salacivilpenal@justizia.eus / an.zibilzigorsala@justizia.eus

NIG PV/IZO EAE: 20.06.2-20/000624

NIG CGPJ / IZO BJKN :20045.31.1-2020/0000624

Recurso de casación Tribunal Superior de Justicia / Kasazio-errekurtsa Auzitegi Nagusia 29/2022

SR. PRESIDENTE

D. IGNACIO JOSE SUBIJANA ZUNZUNEGUI

SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D.ª NEKANE BOLADO ZÁRRAGA D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

D. FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

D. MANUEL AYO FERNÁNDEZ

SENTENCIA N.º: 18/2022

En Bilbao, a diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

Vistos por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, integrada por los Magistrados arriba reseñados, en el recurso de casación contra la sentencia que con fecha 22 de marzo de 2022, dictó el Audiencia Provincial de Gipuzkoa -Sección Segunda-, como consecuencia de autos de Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 2167/2021 seguidos ante el citado órgano, cuyo recurso fue interpuesto por D. Roman y D. Samuel, representado por la procuradora D.ª PATRICIA AZPIAZU ARAMBARRI y asistidos del letrado D. JAIME PÉREZ ZALDIVAR, interviniendo como recurrido D. Tomás, representado por el procurador D. JAVIER CIFUENTES ARANGUREN y asistido de la letrada D.ª NATALIA PILAR PUERTA SAGARZAZU.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En su rollo nº 2167/2021, dimanante del Procedimiento Juicio Ordinario 115/2020 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Irun, promovido por Tomás, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, dictó sentencia en fecha 22.03.2022, resolución contra la que la procuradora Sra Patricia Azpiazu

Arambarri en nombre y representación de D. Roman y D. Samuel interpuso recurso de casación por interés casacional dentro del plazo.

SEGUNDO.- En resolución de 12 de septiembre de 2022, se tuvieron por recibidas las anteriores actuaciones, acordándose incoar recurso de casación civil, acusar recibo y designar Magistrado Ponente.

TERCERO.- Personada en tiempo y forma las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), se acordó pasar las actuaciones al Magistrado Ponente para que instruyera y sometiera a la deliberación de la Sala lo que hubiera de resolver sobre la admisión o no del recurso de casación.

CUARTO.- Por auto de 20 de septiembre de 2022, se acuerda declarar la competencia de esta Sala para conocer del recurso de casación interpuesto, dándose traslado del escrito de interposición a la parte recurrida, para que en el plazo de veinte días formalizase su oposición por escrito y manifestase si consideraba necesario la celebración de vista.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 27 de octubre de 2022, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 486.1 LEC, quedaron los autos pendientes de votación y fallo.

SEXTO.- Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ayo Fernández

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ha interpuesto el recurso de casación invocando el interés casacional por tratarse de un asunto sobre el que no existe aún una doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia por inaplicación de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 5/2015 (LDCV) en relación con las Disposiciones Transitorias 2ª y 12ª del Código Civil así como del artículo 814 del Código Civil por aplicación supletoria de la Ley 3/1992 (LDCFPV) y de los artículos 110 y 113 de la LDCV

SEGUNDO.- A). El recurrente pretende con su recurso obtener un pronunciamiento en que se fije doctrina casacional en relación a estos preceptos y que resuelva el régimen legal aplicable a la sucesión del causante ordenada por testamento otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de la LDCV cuando la apertura del mismo se produce dentro del periodo de vigencia de la nueva norma.

Concretamente y del análisis de sus argumentaciones lo que pretende es que se establezca como doctrina casacional el criterio que fue fijado en la Sentencia del TSJPV núm. 7/2018, de 20 de julio que después del análisis de las Disposiciones Transitorias 2ª y 12ª del Código Civil concluye que *<<Una interpretación integrada de ambas Disposiciones Transitorias nos lleva a concluir que las circunstancias del testamento de Don ... - incluyendo no sólo la validez del testamento desde una perspectiva formal, que nadie ha puesto en duda, sino todo lo relativo a la validez de la institución de heredero y las eventuales consecuencias de su invalidez- deben ser analizadas a la luz de la ley vigente en el momento de su otorgamiento, ... salvo en lo que a las legítimas - y el reparto y adjudicación de la herencia se refiere-, en que será de aplicación la LDCV, vigente en el momento de su fallecimiento. >>*

Como consecuencia de esta doctrina pretende asimismo que la sentencia declare que los recurrentes fueron preteridos de manera no intencional en lo que se refiere a la sucesión de Abel diferida en el testamento otorgado con fecha de 7 de julio (sic) de 1994 en la localidad de Donostia-San Sebastián (Gipuzkoa) ante el Notario D. Aquiles Paternotte Suarez con el número 1.947 de su protocolo, con la correlativa nulidad de la institución de heredero efectuada en aquel y la consiguiente apertura de la sucesión legal o intestada del causante en los términos contemplados en la Ley de Derecho Civil Vasco, con imposición de las costas de las instancias a la parte demandada/recurrida.

B). Para el debido entendimiento de lo que se pretende por el recurrente debemos señalar los antecedentes de esta problemática y de donde deriva la misma y que se concretan en los términos siguientes:

-El causante Abel otorgó testamento el 7 de julio de 1.994 en el que instituye heredero a su hijo Tomás fruto de su primer matrimonio.

-Posteriormente al dictado de este testamento y tras contraer ulteriores matrimonios nacen sus hijos Roman y Samuel en los años 2003 y 2005 respectivamente.

- En fecha 3 de setiembre de 2016 fallece, en Donostia- San Sebastián, Abel , siendo su vecindad civil vasca y no constando que hubiera dictado posterior testamento disponiendo de sus bienes.

-En el 2017 Tomás acepta la herencia y se interpone demanda por sus hermanos ahora recurrentes que concluye con la Sentencia núm. 77/2020, de 20 de noviembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de

Irún estimando la misma, reconociendo sus derechos hereditarios al considerar que habían sido preteridos no intencionalmente y se declaraba la nulidad de la institución de heredero, abriéndose la sucesión legal o intestada, debiendo dividirse el haber hereditario en tres partes iguales.

Se interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia el cual fue estimado por la Sentencia núm. 234/2022, de 22 de marzo, de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección 2ª que revocaba la sentencia recurrida y por consiguiente desestimaba la demanda interpuesta.

C). Abordando el motivo indicado resumimos esencialmente los argumentos facilitados por los recurrentes en la forma siguiente:

En primer término, se alude al olvido de la voluntad real del causante de la herencia a la que la parte recurrida no da ninguna importancia y lo que se plantea antes de argumentar sobre la ley que rige la sucesión es **si la preterición es una institución propia de la legítima** como afirma la parte recurrida.

Se señala que aunque el artículo 814 del Código Civil se encuadra en la Sección 5ª que hace referencia a las legítimas en cuanto que la preterición es la omisión de un legitimario, sin embargo, ello no significa que toda preterición conlleve acogerse únicamente al sistema de legítimas y es que, conforme al artículo 814 del Código Civil -ley del momento de expresar la voluntad ante la ausencia regulatoria de la Ley 3/1992 en el ámbito del Fuero Civil de Gipuzkoa-, en el punto 2º, en caso de preterición no intencional, cuando no sean preteridos todos los herederos como en este caso, se anulara la institución de heredero, no entrando en juego el sistema de legítimas sino la sucesión legal y por lo tanto la preterición no siempre es una institución propia de la legítima.

Si la preterición hubiera sido intencional, en la aplicación supletoria del Código Civil la consecuencia hubiera sido dejar única y exclusivamente la legítima según el artículo 814, párrafo 1º; por lo tanto, si uno quiere apartar a un hijo injustificadamente lo único que conseguiría es dejarle su legítima estricta pero, si no ha tenido la intención de apartar a ningún legitimario, el Código Civil va más allá de la legítima y anula la institución de heredero.

Sigue señalando que es clave determinar la intencionalidad o no para ver las consecuencias de la preterición y, por ende, la aplicación de una norma u otra, siendo reiterada la jurisprudencia de que en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado testamento queda demostrada ex re ipsa la no intencionalidad de su preterición en el mismo.

En resumen, la preterición (al menos no intencional) no es una cuestión de fijación de legítimas sino de voluntad testamentaria, debiendo acudir, en primer lugar, a la legislación del momento de otorgar testamento, siendo la consecuencia por aplicación supletoria del artículo 814. 2 del Código Civil la anulación de la institución de heredero

Asimismo, se indica que, tras la entrada en vigor de la LDCV, cuando se acude con vecindad civil vasca a un notario, éste le avisará al testador de que si tras otorgar testamento nacen nuevos legitimarios, deberá acudir nuevamente al notario porque si no quedarían desheredados pero, por el contrario, cuando D. Abel acudió al notario a otorgar testamento aquel le debió advertir de que si nacieran nuevos legitimarios ese testamento quedaría anulado.

A continuación, añade reflexiones sobre la intencionalidad en la preterición, considerando también que si con la modificación del Código Civil lo que se hizo fue proteger a las personas como al cónyuge viudo y darle el mismo tratamiento a todos los hijos matrimoniales o no, el legislador vasco lo que realmente perseguía era eliminar la legítima formal como la establecía el Código Civil al tiempo que establecía una legítima colectiva más reducida para que el testador con vecindad civil vasca pudiera disponer en mayor medida de su patrimonio pero, en ningún caso, apartar a los hijos sobrevenidos contra de la voluntad del testador que sería una consecuencia ilógica pues no protege a nada ni a nadie, además de darle unos efectos retroactivos de la norma perjudiciales para los recurrentes, siendo clara la no intención de desheredarles.

En segundo término, los recurrentes analizan y argumentan sobre **el conflicto intemporal entre las normas aplicables**, indicando que los preceptos legales que dirimen la discusión son las Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 12ª del Código Civil por remisión de la Disposición Transitoria 1ª de la LDCV y una vez determinada la aplicación del régimen legal, en cuanto a los efectos de la preterición no intencional, los artículos 814 del Código Civil y 110 y 113 y concordantes de la LDCV, de conformidad con la Disposición Transitoria 12ª de la LDCV.

Se añade que como se indica en la Sentencia del TSJPV de 20 de julio de 2018 <<La Disposición Transitoria 2ª supone el mantenimiento de la vigencia y eficacia de los actos -en este caso, testamentos-, otorgados bajo la vigencia de la antigua ley una vez entra en vigor la nueva: si era válido conforme a la antigua deberá mantenerse esa validez incluso si la solución a la que se llega es contraria a la que se derivaría de la aplicación de la norma

vigente en el momento del fallecimiento; esto supone que la sucesión quedará ordenada conforme a la ley vigente en el momento en que se otorgó, a salvo de las limitaciones contenidas en la Disposición Transitoria 12ª.>>

La interpretación de dicha Disposición Transitoria parece clara y coherente con el principio de seguridad jurídica y la necesaria certeza de las relaciones jurídicas y previsibilidad de las sucesiones mortis causa y de hecho la Sala continua <<Se trata de una previsión lógica y respetuosa con la seguridad jurídica, pues no se puede pedir al testador que otorgue testamento conforme a una ley que no sólo no está promulgada en el momento de otorgamiento, sino que puede que ni siquiera se haya planteado la eventual modificación que contradice la voluntad testamentaria.>>

Es decir, el TSJPV justifica esa interpretación de la Disposición Transitoria 2ª en pro de la lógica de la seguridad jurídica.

Seguidamente viene a indicar que conforme a dicha Disposición Transitoria 12ª <<la adjudicación y reparto de la herencia deberá respetar las legítimas de la normativa vigente en el momento del fallecimiento, cumpliéndose en todo lo que se pueda la voluntad del testador.>>

La sentencia recalca que debe cumplirse en todo lo que se pueda la voluntad del testador, entendiendo los recurrentes que la referencia a las legítimas como excepción tiene su sentido en la protección de los hijos no matrimoniales y cónyuges viudos ya que, si no se prevé tal excepción, la desigualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales iba a perdurar décadas (hasta que fallezcan todos los que testaron antes de la reforma del Código civil).

Y concluye la Sala que <<Una interpretación integrada de ambas Disposiciones Transitorias nos lleva a concluir que las circunstancias del testamento de Don Epifanio

-incluyendo no sólo la validez del testamento desde una perspectiva formal, que nadie ha puesto en duda, sino todo lo relativo a la validez de la institución de heredero y las eventuales consecuencias de su invalidez- deben ser analizadas a la luz de la ley vigente en el momento de su otorgamiento,... salvo en lo que a las legítimas - y el reparto y adjudicación de la herencia se refiere-, en que será de aplicación la LDCV, vigente en el momento de su fallecimiento.>>

Siguen añadiendo los recurrentes que esta sentencia dirime el debate existente sobre el conflicto intertemporal entre la aplicación de la LDCV o la ley del otorgamiento (ya sea el Código civil o la Ley 3/1992).

Por lo tanto para conocer de cuestiones que no sean la legítima debe acudir a la ley vigente en el momento del otorgamiento, siendo la preterición, al menos la no intencional, una cuestión distinta de la legítima, por lo que debe recurrirse a la ley del otorgamiento para ver las consecuencias de la misma y no pudiendo aplicar la Ley 3/1992 se debe buscar la respuesta en el Código Civil de manera supletoria, en concreto el artículo 814, párrafo segundo, que fue aplicado por el juzgador de instancia disponiendo la anulación del testamento y la necesaria apertura de la sucesión legal de D. Abel de acuerdo con la LDCV.

La Sentencia núm. 7/2018, de 20 de julio del TSJPV es esencial al aludir a que deben primar las disposiciones testamentarias siempre que la ley vigente al momento del fallecimiento así lo permita y éstas no pueden ser entendidas sino a la luz de la norma vigente en el momento de otorgar el testamento.

D). Para la fijación de la doctrina casacional que se está interesando por los recurrentes remitiéndose al criterio que fue establecido en la **Sentencia núm. 7/2018, de 20 de julio, del TSJPV** debemos hacer unas consideraciones iniciales.

La citada sentencia no podía fijar dicha doctrina casacional porque la misma fue desestimatoria del recurso de casación interpuesto y por consiguiente se carecía de aquella doctrina en el momento en que se interpone el recurso de casación que es objeto de la presente resolución.

Inclusive, unos días más tarde se dictó la **Sentencia núm. 10/2022, de 23 de junio, del TSJPV** en el que se fijaba una doctrina casacional en relación con la Disposición Transitoria 1ª de la LDCV en el sentido de que **"la LDCV se aplicará a las sucesiones de los fallecidos con posterioridad a su entrada en vigor a efectos de reparto y adjudicación de la herencia, incluyendo la colación, respetándose, en todo caso, las legítimas previstas en la nueva ley"**. Esta doctrina no era de conocimiento de los recurrentes por lo que no podía ser citada.

Centrándonos por tanto en la Sentencia inicial de este Tribunal debemos de recordar que en la misma se estableció un criterio -que no doctrina en ese momento- que ahora es invocado por los recurrentes y que venía a resolver el conflicto intertemporal existente cuando se otorgaba un testamento conforme a la Ley 3/1992, de 1 de julio, del DCFPV y el causante fallecía estando en vigor la Ley 5/2015, de 25 de junio, del DCV y cuyo contenido debemos recordar en los términos siguientes:

<< **III.2** Esto supone que la primera cuestión a resolver es determinar cuál de ambas normas rige su sucesión y cómo afecta el conflicto intertemporal al testamento otorgado. Para ello, y por remisión de la *Disposición Transitoria 1ª de la Ley 5/2015*, debemos acudir a las *Disposiciones Transitorias 2ª y 12ª del Código civil*, del siguiente tenor literal:

"Segunda. Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas ad cautelam, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo.

(...)

Duodécima. Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código".

III.3 La *Disposición Transitoria 2ª* supone el mantenimiento de la vigencia y eficacia de los actos -en este caso, testamentos-, otorgados bajo la vigencia de la antigua ley una vez entra en vigor la nueva: si era válido conforme a la antigua deberá mantenerse esa validez incluso si la solución a la que se llega es contraria a la que se derivaría de la aplicación de la norma vigente en el momento del fallecimiento; esto supone que la sucesión quedará ordenada conforme a la ley vigente en el momento en que se otorgó, a salvo de las limitaciones contenidas en la *Disposición Transitoria 12ª*. Se trata de una previsión lógica y respetuosa con la seguridad jurídica, pues no se puede pedir al testador que otorgue testamento conforme a una ley que no sólo no está promulgada en el momento de otorgamiento, sino que puede que ni siquiera se haya planteado la eventual modificación que contradice la voluntad testamentaria.

Conforme a la Disposición Transitoria 12ª la adjudicación y reparto de la herencia deberá respetar las legítimas de la normativa vigente en el momento del fallecimiento, cumpliéndose en todo lo que se pueda la voluntad del testador.

Una interpretación integrada de ambas Disposiciones Transitorias nos lleva a concluir que las circunstancias del testamento de Don Herminio

-incluyendo no sólo la validez del testamento desde una perspectiva formal, que nadie ha puesto en duda, sino todo lo relativo a la validez de la institución de heredero y las eventuales consecuencias de su invalidez- deben ser analizadas a la luz de la ley vigente en el momento de su otorgamiento, esto es, la Ley 3/1992, salvo en lo que a las legítimas -y el reparto y adjudicación de la herencia se refiere-, en que será de aplicación la LDCV, vigente en el momento de su fallecimiento.

Adicionalmente esta interpretación respetaría el principio de libertad civil - artículo 4 tanto de la Ley 3/1992 como de la Ley 5/2015- pues si el principio debe ser la libertad del testador en todo lo que no contradiga normativa imperativa, el efecto de ésta debe minimizarse en tanto la interpretación de la norma lo permita; por ello es acorde al espíritu del derecho civil vasco que en todo lo legalmente posible se aplique la normativa vigente en el momento de otorgamiento, que es la debió tener en cuenta el testador en el momento de disponer su voluntad.>>

Por lo tanto, dicha sentencia ya venía a fijar que debía aplicarse la ley vigente en el momento del otorgamiento del testamento para que rigiera en todo lo relativo a éste porque es la que tuvo en cuenta el testador al realizarlo (Ley 3/1992), salvo en lo que se refiere al reparto y adjudicación de la herencia y especialmente a las legítimas en que sería de aplicación la ley vigente al fallecimiento (LDCV).

La cuestión estriba en determinar cuál es la ley que debe aplicarse en el caso de la preterición, sea o no intencional teniendo en cuenta que existe la posición doctrinal, asumida por la parte recurrida, de que la preterición es una institución propia de la legítima, apoyándose en que la preterición es la omisión de alguno de los herederos forzosos en el testamento sin desheredarlo expresamente, implicando la privación total tácita de la legítima y, asimismo, en su regulación sistemática al estar regulado, en el artículo 814 del Código civil dentro de la Sección 5ª bajo el rotulo " De las legítimas" y en los artículos 48 y 51 de la LDCV situados en la Sección 1ª dedicados a la regulación " De la legítima".

Indudablemente que estas razones son importantes para caracterizar a la preterición, pero implícitamente fue resuelta su naturaleza en la sentencia ya indicada por cuanto la misma consideró de aplicación la Ley 3/1992 que era la vigente al momento del otorgamiento del testamento, considerando que bajo dicha ley debían ser analizadas todas las circunstancias del testamento en las que incluía la validez del testamento y de la institución de heredero, excluyendo de esta forma la aplicación de la LDCV.

En definitiva, la preterición tiene relación con la designación del heredero forzoso en el testamento, debiendo analizarse desde la perspectiva de la voluntad del testador, lo que nos conduce a la aplicación de la ley vigente en el momento del otorgamiento, con independencia de las consecuencias que produzca en el orden sucesorio, que no necesariamente conllevan en todos los casos el respeto a la legítima del preterido y por tanto su restablecimiento -en la regulación más amplia y detallada que se contiene en el Código Civil, puesto que en la LDCV la preterición es equivalente al apartamiento-, pudiendo generar otros efectos distintos como tendremos ocasión de concretar.

Además y no hay ninguna duda al respecto que, desde la perspectiva interpretativa de la voluntad testamentaria, dicha preterición es de carácter no intencional porque los preteridos nacieron con posterioridad al otorgamiento del testamento y ello con independencia de las posibilidades que hubiese tenido el causante para haber dictado un nuevo testamento, debiendo remarcar que esta interpretación es la que resulta acorde con la fundamentación jurídica contenida en la sentencia de instancia remitiéndose a la STS núm. 17/2001, de 23 de enero (**ROJ: STS 306/2001 - ECLI:ES:TS:2001:306**)que fundamentó que *<<en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada ex re ipsa. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento.>>*

En conclusión, podemos fijar como doctrina casacional la siguiente: **<< Una interpretación integrada de las Disposiciones Transitorias 2ª y 12ª del Código Civil por remisión de la Disposición Transitoria 1ª de la LDCV implica que las circunstancias del testamento -incluyendo no sólo la validez del testamento desde una perspectiva formal, sino todo lo relativo a la validez de la institución de heredero incluida la preterición- deben ser analizadas a la luz de la ley vigente en el momento de su otorgamiento, esto es, la Ley 3/1992, salvo en lo que a las legítimas -y el reparto y adjudicación de la herencia se refiere-, en que será de aplicación la LDCV, vigente en el momento del fallecimiento del causante>>.**

E). En el orden de las consecuencias que esta doctrina conlleva en el caso particular y siendo la ley aplicable la Ley 3/1992 la vigente en el momento del otorgamiento del testamento en el que resultó la preterición no intencional de los ahora recurrentes y partiendo de que el causante tenía vecindad en Territorio Histórico de Gipuzkoa, siendo residente en Guipúzcoa donde otorgó testamento y falleció y, por consiguiente, sería de aplicación el Fuero Civil de Gipuzkoa, al no contener previsión alguna respecto a la sucesión hereditaria, resultaría aplicable, por mor del artículo 3.1y 2 de la Ley 3/1.992, el Código Civil y demás disposiciones de carácter general, aplicado dicho Derecho supletorio conforme a los principios generales del Derecho Civil Foral.

Dicho precepto nos conduce a la aplicación supletoria del artículo 814 párrafo II del Código Civil el cual dispone que *<<Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:*

1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.>>

En este caso, y habiéndose acreditado que resultaron preteridos no intencionalmente dos de los tres hijos del causante debe procederse a la anulación de la institución de heredero dispuesta en el testamento, en el que no consta que se hubiesen ordenado mandas ni legados de ninguna clase, lo cual significa que procede la apertura de la sucesión legal o intestada del causante Abel .

Esta sucesión, en cuanto supone el reparto y adjudicación de la herencia, conforme a la doctrina que se ha establecido, habrá de regirse precisamente por la ley vigente al fallecimiento del causante que es la LDCV y en concreto los artículos 110 y 113 de dicha ley y por consiguiente, no existiendo una válida disposición de bienes hereditarios al haberse anulado la institución de heredero designado, **debe procederse a la división del caudal hereditario entre los tres hijos, en cuanto únicos sucesores por derecho propio del causante Abel y en partes iguales.**

TERCERO.- En el ámbito de las costas, y siendo estimada la pretensión casacional, de conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398 LECivil, no procede la condena en costas a ninguna de las partes litigantes, haciendo extensivo este pronunciamiento a las anteriores instancias procesales.

CUARTO.- En relación al depósito para recurrir establece la Disposición Adicional 15ª LOPJ que habrá de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo su apartado 8 que la estimación total o parcial del recurso conllevara la devolución total del depósito constituido.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Roman y Samuel contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección 2ª, de fecha 22 de marzo de 2022 recaída en el Recurso de Apelación de juicio verbal núm. 2167/2021, **DEBEMOS CASAR Y CASAMOS** dicha resolución, **fijando la doctrina casacional en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Segundo. D) in fine.**

En su lugar se dicta otra Sentencia por la que **DECLARAMOS** que **los recurrentes fueron preteridos de manera no intencional en el testamento otorgado por Abel con fecha de 7 de julio de 1994 en la localidad de Donosti (Gipuzkoa) ante el Notario D. Aquiles Paternotte Suarez con el número 1.947 de su protocolo.**

Asimismo, **DECLARAMOS la correlativa nulidad de la institución de heredero efectuada en dicho testamento y la apertura de la sucesión legal o intestada del causante conforme a los términos establecidos en los preceptos correspondientes de la Ley de Derecho Civil Vasco ya definidos.**

No ha lugar a la imposición de costas procesales en ninguna de las instancias.

Devuélvase a la parte recurrente el importe del depósito constituido para la interposición del recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Asi por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándole al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

—

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

—

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo. Sr. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.