

PRETERICIÓN DE LEGITIMARIOS Y DERECHO
TRANSITORIO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TSJ
PAÍS VASCO DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2022*

*THE OVERRIDING OF FORCED HEIRS (“PRETERICIÓN”) AND THE
TRANSITIONAL PROVISIONS. A COMMENTARY ON THE BASQUE
COUNTRY’S HIGH COURT OF JUSTICE’S JUDGEMENT, OF 17
NOVEMBER 2022*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 390-405

* Este trabajo se enmarca en el ámbito del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT1445-22 Persona, familia y patrimonio, del que es investigador principal el autor.

Gorka GALICIA
AIZPURUA

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: En este trabajo se analiza críticamente la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJPV:2022:2805), por la que se considera que la preterición es una figura que, aunque tenga relación directa con la legítima, afecta a las condiciones de validez del testamento y de la institución de heredero, razón por la cual su régimen viene determinado, en caso de conflicto temporal de normas, por la ley aplicable al momento de otorgamiento de aquel y no, entonces, por la que esté vigente al instante del fallecimiento del causante.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil vasco; legítima; preterición; Derecho transitorio.

ABSTRACT: *This paper provides a critical analysis of the jurisprudence contained in the Basque Country's High Court of Justice's judgment of 17 November 2022 (ECLI:ES:TSJPV:2022:2805), which has found that overriding a forced heir ("preterición") is a legal institution which, whilst directly related to the system of force shares, affects the requirements for a valid will and for the appointment of an heir, which is why, should there be a conflict, its regime shall be determined by the law applicable at the time the will was made and not, therefore, by the law applicable at the time the deceased died.*

KEY WORDS: Basque civil law; forced share; overriding a forced heir; transitional provisions.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:
I. EL CAMBIO NORMATIVO PROPICIADO EN MATERIA DE LEGÍTIMAS POR LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO.- II. EL TRATAMIENTO DE LA PRETERICIÓN EN LA LDCV.- III. PRETERICIÓN Y DERECHO TRANSITORIO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TSJPV.- IV. EL CONTRAPUNTO: LA RDRGN DE 12 DE JUNIO DE 2017. CRÍTICA DE AQUELLA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- V. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: LA VECINDAD CIVIL DEL CAUSANTE EN EL CASO DE AUTOS.

SUPUESTO DE HECHO

Una persona otorgó testamento conforme a Código Civil en julio de 1994, testamento en el que instituyó heredero a su único hijo habido de su primer matrimonio. Posteriormente, nacieron otros dos hijos más (en 2003 y 2005) fruto de sucesivos matrimonios. En septiembre de 2016 el testador falleció sin haber otorgado más disposiciones de última voluntad y con vecindad civil vasca, al haberse abierto su sucesión tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (disposición transitoria séptima; en adelante, LDCV). Los hermanos del instituido demandaron a este último al considerar que habían sido intencionalmente preteridos, por lo que solicitaban la declaración de la nulidad de la institución de heredero con base en el artículo 814 del Código Civil. El demandado, por el contrario, defendió la validez de su institución al considerar de aplicación al supuesto, como consecuencia del cambio normativo acaecido, el artículo 48.4 LDCV, conforme al cual la preterición, sea o no intencional, de un heredero forzoso, equivale a su apartamiento o exclusión de la sucesión. El juzgado de primera instancia estimó la demanda en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2020, sentencia que fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa mediante resolución dictada el 22 de marzo de 2022.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La preterición del heredero forzoso, aunque sea una institución relacionada con la legítima, es una figura que tiene que ver con su designación en testamento, debiendo analizarse desde la perspectiva de la voluntad del testador. Ello conduce a que le resulte de aplicación, en el ámbito de los conflictos normativos temporales, 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

• Gorka Galicia Aizpurua

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Es miembro de la Comisión de Derecho civil vasco y responsable de la sección de Derecho civil vasco en el Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE). Ha dirigido y ha sido partícipe en diversos contratos y proyectos de I+D+i, tanto estatales como autonómicos. Su campo de investigación se centra preferentemente en el Derecho civil patrimonial en general: obligaciones, contratos, garantías, derechos reales, sucesiones. ORCID ID: 0000-0002-4836-5864. Correo electrónico: gorka.galicia@ehu.eus.

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.

Además, desde la perspectiva interpretativa de la voluntad testamentaria, no existe duda de que la preterición en el supuesto de autos 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. Esta tesis es acorde con la STS de 23 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:306), que señaló 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, cabe fijar como doctrina casacional que 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 solo 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, 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.

COMENTARIO

I. EL CAMBIO NORMATIVO PROPICIADO EN MATERIA DE LEGÍTIMAS POR LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO.

La entrada en vigor el 3 de octubre de 2015 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV), ha generado algunos enjundiosos conflictos intertemporales en materia de sucesión forzosa, y es precisamente uno de ellos el que trata la sentencia aludida en el título.

Como se sabe, la LDCV, además de establecer por fin un ordenamiento sucesorio aplicable en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, estrenó un nuevo régimen legitimario que vino a sustituir a los cuatro anteriormente coexistentes en Euskadi, diversidad que provenía de la simultánea vigencia en su seno de dos normas bien conocidas: la Ley de Derecho civil Foral del País Vasco de 1992 (LDCFPV), por un lado, y el Código Civil (CC), por otro. En efecto, mientras en la mayor parte de la CAV regía el esquema del Código, en Gipuzkoa, el Infanzonado vizcaíno y la Tierra de Ayala se aplicaban unos sistemas particulares

y específicos contemplados en aquella Ley autonómica de 1992. De entre estos, solo los dos últimos establecían una regulación completa, ya que el Fuero guipuzcoano se limitaba en realidad a modular y flexibilizar la disciplina legitimaria del CC aplicable por entonces en dicho Territorio Histórico a fin de permitir la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano al causante que así lo deseara.

Tales regímenes (tanto el del CC como los “forales”), como se decía, fueron desplazados por el actualmente contenido en los arts. 47 a 60 LDCV, si bien el desplazamiento no fue total, ya que la Ley de 2015 decidió conservar, en tanto que especialidades, dos de las instituciones más características de los Fueros vizcaíno y ayalés: la troncalidad (art. 70) y la libertad de testar (art. 89) respectivamente.

Si hay algo que destaca del sistema legitimario de la LDCV es la simplicidad de su diseño, pues consiste (arts. 47, 49, 52 y 54), llanamente, en el establecimiento de una legítima colectiva solo en favor de descendientes y por una cuantía muy reducida: un tercio del caudal. Asimismo, y de forma paralela, se reconoce al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho una cuota legitimaria en usufructo y un derecho de habitación sobre la vivienda familiar. Pues bien, de este resumido bosquejo ya se deducen cuáles fueron los cambios más importantes introducidos por la LDCV en comparación a la situación jurídica precedente. Más exactamente, estos se cifraron en:

a) La supresión de la legítima prevista para los ascendientes tanto por el Código Civil (arts. 807 y 809 CC) como por el Fuero vizcaíno de 1992 (arts. 53 y 56 LDCFPV), salvo en lo relativo a los bienes troncales en esta última hipótesis (arts. 63, 66, 67, 69 y 70 LDCV).

b) Una notoria reducción del *quantum* legitimario correspondiente a los descendientes (art. 49 LDCV) respecto del establecido en aquellos dos cuerpos legales (dos tercios en el caso del Código -art. 808 CC- y cuatro quintos en el del Fuero de Bizkaia -art. 55 LDCFPV-).

c) El salto desde un sistema de legítimas individuales y legalmente prefijadas para cada uno de los legitimarios (al menos allí donde regía el Código) a otro de carácter global, es decir, a otro en el que impera una plena libertad de distribución por parte del causante (dentro del propio grupo de sucesores forzosos, se sobreentiende: arts. 48.2 y 51.1 LDCV).

d) La definitiva ampliación de los derechos del cónyuge viudo al miembro superviviente de la pareja de hecho (siempre que esté inscrita en el correspondiente Registro administrativo: art. 47 y disp. ad. 2ª LDCV y art. 3 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho). El ensanchamiento se produjo no solo en sentido subjetivo, sino también objetivo, ya que del usufructo del

tercio de mejora en concurrencia con descendientes previsto en el art. 834 CC se pasó en la LDCV a otro de la mitad del caudal o aun de dos tercios en caso de concurrencia con cualesquiera otros sujetos (art. 52 LDCV). Además, se añadió a esta legítima usufructuaria un derecho real de habitación sobre la vivienda familiar común o privativa del premuerto como derecho sucesorio igualmente necesario (art. 54 LDCV).

La simplicidad de este diseño normativo contrasta, sin embargo, con algunas importantes lagunas detectables en la regulación, así como con el carácter oscuro y sumamente discutible de ciertas soluciones técnicas. Entre las primeras destaca, por ejemplo, la falta de un régimen propio en materia de desheredación (no obstante ser esta una figura mencionada en diversos preceptos -arts. 50 y 108.4 LDCV-) o la ausencia de una regulación específica de las acciones de protección cuantitativa del derecho de los sucesores forzosos (también aludidas en el art. 51.3 LDCV). Entre las segundas, cabe poner el acento en el peculiar régimen (del que luego se hablará) establecido para la preterición (según la misma tenga alcance parcial -art. 48.4 LDCV- o total -art. 51.2 LDCV-) e, igualmente, en la ambigua delimitación de la naturaleza jurídica del derecho legitimario asignado a los descendientes.

Con respecto a esta última cuestión, no estará de más subrayar -ya que es su doctrina jurisprudencial la que da motivo a estas líneas- que la STSJ País Vasco 14 diciembre 2021 (ECLI:ES:TSJPV:2021:2923) ha venido a corroborar la conclusión que, a colación de la RDGRN 4 julio 2019, sostuvimos en su día en la *Tribuna* del Instituto de Derecho Iberoamericano (29 octubre 2019) respecto a la necesidad o no de que los legitimarios presten su consentimiento a la entrega de legados: al ser la legítima vasca una legítima colectiva, no hace falta que presten su anuencia al otorgamiento de la correspondiente escritura de aceptación cuando el beneficiario sea uno de ellos y se encuentre autorizado por el testador para posesionarse de la cosa legada, y sí solo cuando el legatario sea un extraño. La razón estriba en que, al tener el causante una absoluta libertad distributiva dentro del grupo de sucesores forzosos, ninguno de ellos tiene a priori la posibilidad de accionar contra los demás por razón de inoficiosidad.

Más concretamente, afirma la citada STSJPV (FJ 2º) que "la intervención de los legitimarios podría tener sentido si el legado del bien inmueble hubiese sido adjudicado a un tercero no legitimario y dicho legado pudiese mermar sus derechos en cuanto a la legítima colectiva en tanto que con dicho legado se estuviese disponiendo en cuantía superior a los dos tercios de los que libremente pudiese disponer el causante, pero no siendo esta la situación existente no cabe que los legitimarios apartados pudiesen reclamar contra los demás legitimarios por lo que a estos se les haya adjudicado y por esa misma razón no es exigible

el consentimiento de estos para el otorgamiento de la escritura pública. La consecuencia de no ser exigible dicho consentimiento conlleva que hagamos unas consideraciones finales sobre el artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario que desde la perspectiva del Derecho Civil Vasco debe ser entendido en el sentido de que en estas circunstancias en que se ha producido el apartamiento tácito de los demás legitimarios respecto a los bienes inmuebles que no les hubiesen sido adjudicado mediante legado, ello equivale a la inexistencia de legitimarios a los efectos de la inscripción prevista en dicho precepto”.

Así, y a partir de tal razonamiento, la STJPV 14 diciembre 2021 sienta sintéticamente la siguiente doctrina casacional: “Cuando concurren a una sucesión solo legitimarios en su condición de hijos o descendientes en cualquier grado, en relación a los bienes que hubieran sido adjudicados a cada uno de ellos mediante legado, se consideran apartados tácitamente los demás, resultando innecesario el consentimiento de los apartados para el otorgamiento de la escritura pública de manifestación y aceptación de legado cuando el testador haya autorizado al legitimario para posesionarse de la cosa legada”.

II. EL TRATAMIENTO DE LA PRETERICIÓN EN LA LDCV.

El litigio del que se ocupa el TSJPV en la resolución que da pie a estas líneas (STJPV 17 noviembre 2022 -ECLI:ES:TSJPV:2022:2805-) atañe a una materia distinta, pero que es de esas a las que, hemos dicho, el legislador vasco ha dotado de una solución técnica discutible: la preterición.

Para comprender el régimen de la preterición en la LDCV hay que partir de lo establecido en su art. 48.2, en el que se dice que, aunque el causante está obligado en todo caso a satisfacer la porción de un tercio establecida como legítima en favor de sus descendientes, puede, teniendo varios, dejársela solo a alguno o algunos de ellos “y apartar a los demás, de forma expresa o tácita”.

El “apartamiento” es una figura que ya venía contemplada en los Fueros vizcaíno y ayalés de 1992, pero mientras en ellos actuaba a modo de garantía del carácter voluntario y consciente de la exclusión sucesoria de cualquier legitimario por parte del causante, la LDCV ha venido a suprimir esa función natural suya. Esto es así no solo porque según el art. 48.3 LDCV “[/]a omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito” (regla que, aisladamente considerada, bien pudiera interpretarse como una presunción *iuris tantum* en favor del carácter deliberado de la omisión del heredero forzoso), sino porque la preterición no intencional, es decir, la falta de mención de un legitimario en el acto de disposición mortis causa ordenador de la sucesión achacable a un error o un descuido del *de cuius*, no genera efecto alguno y se equipara igualmente con el apartamiento. Y es que, en efecto, el apartado 4 de ese mismo art. 48 prescribe literalmente que “[/]a

preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento".

Es evidente que la solución adoptada por la LDCV, que implica privar al preterido no intencionalmente de toda acción por razón de la omisión, no tiene parangón entre los ordenamientos civiles españoles, ya que todos, a la vista del vicio que la voluntad del causante sufre en estas hipótesis, anudan a ellas alguna consecuencia especial: así, por ejemplo, la nulidad de la institución de heredero (art. 814.II.2.º CC, art. 259 de la Ley de Derecho Civil de Galicia) o la ineficacia del testamento (art. 451-16.2 del Código Civil de Cataluña) o el reconocimiento en favor del preterido del derecho a reclamar una porción igual a la del descendiente menos favorecido por aquel (art. 508.1 del Código de Derecho Foral de Aragón). Por el contrario, nada de esto acontece en la LDCV, al menos cuando la preterición no intencional tenga un alcance parcial, es decir, cuando afecte solo a alguno o algunos de los legitimarios. No obstante, la propia Ley suaviza hasta cierto punto la radicalidad de esta previsión en su art. 51.3, en el que se prescribe que el legitimario apartado tácitamente y, por ende, también el preterido no intencionalmente, conservará sus derechos frente a terceros como exista lesión cuantitativa de la legítima colectiva. Pero, fuera del eventual caso de existencia de disposiciones inoficiosas, el omitido carece de acción alguna.

En cambio, no es esta la solución prevista por el propio legislador vasco para los supuestos de preterición total, es decir, cuando la misma afecte a todos los herederos forzosos, ya que, para ellos, el art. 51.2 LDCV establece la nulidad de todas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial. Ahora, dado que la norma no discrimina, habrá que entender que la regla rige tanto si la omisión total es deliberada como si no. Pues bien, nuevamente sorprende la solución legal, ya que la delación abintestato del entero caudal relicto únicamente tiene pleno sentido en los supuestos de preterición errónea: como el causante no pudo tener en cuenta en el momento de disponer de sus bienes, por error o ignorancia acerca de su existencia, al descendiente o descendientes omitidos, puede resultar coherente ordenar la ineficacia de las instituciones hereditarias o de los legados hechos en favor de extraños con base en la presuposición de que la voluntad del *de cuius* habría sido otra de haber conocido la concurrencia de tal prole (*vid.* arts. 814.II.1.º CC y 508.2 del Código de Derecho Foral de Aragón). Por el contrario, cuando la omisión, aun total, sea deliberada y buscada de propósito por el causante, pierde todo su sentido el establecimiento de un efecto tan radical. Antes bien, en tales casos, parece que sería suficiente con remitir, simplemente, a los legitimarios de grado preferente al ejercicio de las acciones de reducción de liberalidades mortis causa o inter vivos (siempre y cuando hubiera lesión cuantitativa).

III. PRETERICIÓN Y DERECHO TRANSITORIO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TSJPV.

La STSJPV 17 noviembre 2022 versa sobre el dilema de qué régimen ha de aplicarse a una preterición no intencional, de alcance parcial, acaecida en la sucesión de un causante fallecido con vecindad civil vasca (pues la apertura de la sucesión se produjo el 3 de septiembre de 2016: *vid.* disp. trans. 7ª LDCV) pero con testamento otorgado antes de la entrada en vigor de la LDCV conforme al Código Civil.

Más concretamente, los hechos relevantes son los siguientes:

- El causante había otorgado testamento el 7 de julio de 1994 en el que instituía como heredero al único hijo habido de su primer matrimonio.

- Posteriormente, y tras contraer ulteriores matrimonios, nacieron dos hijos más en los años 2003 y 2005.

- En fecha 3 de setiembre de 2016 falleció, en Donostia-San Sebastián, el causante, siendo su vecindad civil vasca y no constando que hubiera dictado posterior testamento.

- En 2017 el hijo instituido aceptó la herencia, mientras que sus hermanos preteridos interpusieron demanda por la que solicitaron se declarara la nulidad de la institución conforme a lo establecido en el art. 814.II.2.º CC y se abriese la sucesión intestada a fin de dividir el caudal en tres partes iguales. Obviamente, el heredero instituido consideraba que la norma aplicable al litigio era, no el recién citado precepto del Código, sino el art. 48.4 LDCV, de suerte que los hermanos preteridos carecían de acción y no podían reclamar nada. Pues bien, mientras el Juzgado de primera instancia nº 3 de Irún estimó la demanda mediante sentencia 77/2020, de 20 de noviembre, la SAP Gipuzkoa 234/2022, de 22 de marzo (ECLI:ES:APSS:2022:367), revocó dicho fallo y desestimó aquella.

Hay que tener en cuenta, en relación al supuesto litigioso, que, a fin de resolver los conflictos intertemporales que pudieran suscitarse a consecuencia de su entrada en vigor, la LDCV estableció en su disposición transitoria 1ª una remisión a las disposiciones transitorias preliminar, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 12ª del Código Civil.

De dicha remisión se extraen dos importantes consecuencias:

a) la primera, que los testamentos y demás negocios jurídicos mortis causa otorgados al amparo del Código Civil o, de otro modo, al amparo de la LDCFPV de 1992, por los causantes fallecidos con vecindad civil vasca (es decir, después del

3 de octubre de 2015) son negocios plenamente válidos y eficaces, siempre que, al momento de su celebración, se hayan respetado los requisitos establecidos por tales cuerpos legales (disp. trans. 2ª CC);

b) y, la segunda, que comoquiera que los derechos sucesorios solo se adquieren al momento del fallecimiento del causante (instante en que debe entenderse abierta la sucesión y en el que su patrimonio transmuta en herencia: arts. 17.1 LDCV y 657 CC), la exacta delimitación de estos, tanto si se trata de sucesión forzosa (legítimas) como de sucesión legal (intestada), ha de hacerse en función de la norma vigente en dicho instante: si la apertura de la sucesión del causante en cuestión se produjo antes del 3 de octubre de 2015, aquellos vendrán determinados por el Código Civil o, en su caso, por la LDCFPV; si después, por la LDCV (disp. trans. 12ª CC).

Así lo ha venido a señalar el propio TSJPV en su sentencia de 23 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJPV:2022:1217), en la que afirma (con apoyo en otra anterior de 20 de julio de 2018 -ECLI:ES:TSJPV:2018:2296-) que, a la hora de determinar cuál es la legislación aplicable, hay que diferenciar en la sucesión de todo causante vasco dos hitos fundamentales (FJ 3º): “i) el del momento en que se otorgó el testamento o disposición sucesoria, que ha de regirse por la ley vigente al momento de su otorgamiento y conservará su validez, aunque cambie la ley sucesoria y ii) el del fallecimiento del causante, que determinará la ley reguladora de su sucesión, aunque el testamento o disposición sucesoria se hubiera otorgado con anterioridad. Al respecto, la LDCV, en su disposición transitoria 1ª, dispone que los conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 12ª del Código Civil. En concreto, la disposición transitoria 2ª del Código Civil declara la validez de los actos, contratos y testamentos otorgados con arreglo a la legislación anterior, especificando la disposición transitoria 12ª que la herencia de los fallecidos después de la entrada en vigor, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo a la nueva legislación, cumpliendo, en cuanto la nueva legislación lo permita, las disposiciones testamentarias. Por lo tanto, la LDCV es la que rige la sucesión de las personas con vecindad civil vasca fallecidas a partir del 3 de octubre de 2015, aunque su testamento o donación sea anterior; por su parte, la sucesión de las personas fallecidas antes de dicha fecha se regirá por la ley anterior, aunque la aceptación de la herencia o el documento particional se otorguen con posterioridad”. En conclusión, “la disposición transitoria primera de la LDCV debe interpretarse 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”.

La STJPV 17 noviembre 2022 objeto de este comentario retoma la doctrina de la resolución anterior para aseverar igualmente (FJ 2º-D) que, al testamento, ha de aplicársele la ley vigente en el momento de su otorgamiento (en el supuesto, el Código Civil), ley que ha de regirlo en su totalidad, pues es la que el testador tuvo en consideración en tal instante. Por el contrario, la LDCV, o sea, la norma vigente a su óbito, es aquella a la que el juzgador ha de atenerse en lo que hace al reparto y adjudicación de la herencia y, “especialmente”, en lo tocante a las legítimas.

En esta perspectiva, asalta no obstante al Tribunal una duda crucial a la hora de determinar cuál es el régimen en el que deba subsumirse la preterición (con independencia de su carácter intencional o no), ya que si, de un lado, existe una posición doctrinal que concibe aquella como una institución propia de la legítima, lo que conduciría a aplicar la disciplina prevista en la LDCV (con la consecuencia de que los hermanos preteridos no podrían reclamar nada en el supuesto de autos: art. 48.4 LDCV), también es posible conceptuarla, al entender de la Sala, como una institución relacionada con la designación del sucesor forzoso en el testamento, “debiendo analizarse desde la perspectiva de la voluntad del testador”, lo que lleva a una solución bien distinta: la de aplicarle la ley vigente al momento del otorgamiento y, por tanto, el Código Civil (con el consiguiente reconocimiento, a los hermanos demandantes, de la posibilidad de solicitar la nulidad de la institución conforme al art. 814.II.2.º CC).

En pro de la primera tesis, invoca el TSJPV la noción misma del instituto, puesto que la preterición no es sino “la omisión de alguno de los herederos forzosos en el testamento sin desheredarlo expresamente, implicando la privación total tácita de la legítima”, así como “su regulación sistemática al estar regulado (*sic*), en el artículo 814 del Código civil dentro de la Sección 5ª bajo el rótulo *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*”.

Sin embargo, y a pesar de la consistencia de los argumentos invocados, no es esta la solución por la que se descarta el Tribunal Superior: muy al contrario, entiende que, comoquiera que es la ley vigente al momento del otorgamiento del testamento la que ha de tomarse en consideración a fin de analizar “todas sus circunstancias”, entre las que se incluye tanto la validez del negocio como la de la propia institución hereditaria, hay que excluir la aplicación de la LDCV y someter la preterición no intencional parcial acaecida en el caso de autos a las previsiones del Código Civil.

De esta guisa la resolución fija 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”.

Dicha doctrina comporta la aplicación al supuesto de autos del art. 814. II.2º CC, de forma que, “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 [...]. 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 [...] y en partes iguales”.

IV. EL CONTRAPUNTO: LA RDRGN DE 12 DE JUNIO DE 2017. CRÍTICA DE AQUELLA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

La recién expuesta doctrina jurisprudencial acerca de la naturaleza y el régimen aplicable a la preterición, que ya viniera anunciada por la STSJPV 20 julio 2018 (ECLI:ES:TSJPV:2018:2296), se contrapone a la que, sobre este mismo supuesto de hecho, sostuvo la Dirección General de los Registro y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en su resolución 12 de junio de 2017 (BOE de 5 de junio), en la que debía decidir si era o no inscribible la escritura de adjudicación de herencia otorgada en favor del hijo instituido en el único testamento otorgado por el causante. Pues bien, frente a la calificación negativa de la registradora, que abogaba (en la misma dirección que el TSJPV) por la aplicación al caso del art. 814 CC, la DGRN defendió la solución opuesta, con base en la premisa lógica de que si, de conformidad con el régimen transitorio pergeñado por la Ley 5/2015, es su disciplina legitimaria la que ha de observarse en las sucesiones de los vecinos vascos abiertas a partir del 3 de octubre de 2015, nada podrían reclamar los dos hijos preteridos en función de lo establecido en su art. 48.4, y ello aunque, ciertamente, eran “absolutamente desconocidos por el testador al tiempo del otorgamiento de su testamento” (FJ 3º).

A mi modesto entender, la doctrina acertada es la de la DGRN, por la sencilla razón de que la acción de preterición no es sino un mecanismo de protección de la legítima y, por ende, del legitimario: en este sentido, el hecho de que el

legislador eventualmente establezca, como acontece en el caso del Código Civil, unos diferentes efectos jurídicos según la omisión sea intencional o errónea y el hecho de que, para calificarla de uno u otro modo, haya que atender al instante de otorgamiento del testamento (lo que resulta indefectible a la vista de la propia noción de la figura), no altera en absoluto aquella naturaleza. Desde luego, esto es evidente en las hipótesis en que la omisión haya sido deliberada, caso en el que la solución más extendida (por ser la más lógica) suele consistir en proteger, todo lo más, la susodicha expectativa material, pero también cuando es errónea, ya que las consecuencias más graves que, para tales supuestos, contemplan en ocasiones algunos ordenamientos, como el Código Civil, solo se establecen precisamente cuando los afectados son (ciertos cualificados) legitimarios y a fin de dispensarles protección por razón de tal condición o, si se prefiere, a fin de proteger su legítima "formal", entendida esta como el derecho a su recuerdo y mención en el acto de última voluntad otorgado por el causante. Es verdad que esos efectos más graves se basan en la presunción de que el contenido del testamento habría sido otro distinto si el testador no hubiese padecido tan decisiva ignorancia, pero es igualmente cierto que el legislador, en su caso, solo se inmiscuye y corrige los planes de aquel cuando los afectados son los descendientes legitimarios (y no cualesquiera otros sujetos).

Aún más: el Tribunal Supremo ha sostenido en sus sentencias 10 diciembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5773) y 23 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3154) que la acción de preterición no intencional del art. 814 CC, a pesar de la letra de la norma, no es (al menos en los casos de preterición parcial de descendientes) una acción de nulidad, sino meramente rescisoria. Así, en la primera asevera literalmente (FJ 2º-4) que "la cuestión interpretativa que presenta el artículo 814 del Código Civil 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", y ello con base tanto en el apartado segundo del precepto, en el que se establece la preferencia, en todo caso, de lo ordenado por el testador (primacía de la *voluntas testatoris*), como en la idea de que "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". Entiende además el TS que esta conclusión es acorde con la interpretación sistemática del precepto y con "el fenómeno jurídico" subyacente. "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". En la misma dirección, la segunda de las resoluciones citadas sostiene (FJ 3º-2) que, no obstante la literalidad del art. 814 CC, la acción de preterición "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".

A mayor abundamiento, cabe decir asimismo que, como sostenía Roca Sastre, la desheredación injusta no deja de ser una suerte de una preterición intencional expresa, sin que sea posible dudar de la función protectora de la legítima que incumbe a la acción contemplada en el 851 CC ni aseverar que esta resulte alterada por el hecho de que la desheredación únicamente pueda efectuarse en testamento (art. 849). En idéntico sentido al apuntado por el TS para la preterición no intencional parcial de descendientes, hay que mantener que, cuando el Código prescribe la "anulación" de la institución hereditaria en los supuestos de desheredación injusta, no quiere significar, bajo ningún concepto, que aquella sea "inválida": lo que el art. 851 pretende decir es, simplemente, que debe procederse a una reducción de la institución hereditaria previa reclamación del legitimario perjudicado, tal y como ocurre en los casos de ejercicio de la acción de complemento (art. 815 CC) o de preterición intencional (o inintencional de ascendientes: art. 814.I CC). Y es que, como regla general, "la reclamación de la legítima no da lugar a la nulidad del testamento o de algunas de las cláusulas ni a la nulidad de la institución de heredero; tan sólo la preterición intencional puede dar lugar a su rescisión y la desheredación injusta, lo mismo" (STS 15 febrero 2001 - ECLI:ES:TS:2001:1026-). Es cierto que la plenaria STS 25 septiembre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2917) declaró aplicable al ejercicio de la acción de desheredación injusta el plazo de caducidad de cuatro años del art. 1301 CC, es decir, el propio de las acciones de anulabilidad, pero obsérvese, en cualquier caso, que el acto anulable, aunque claudicante, es un acto eficaz *ab initio*.

En fin, conviene tener en cuenta asimismo que, puesto que el derecho a la legítima solo nace tras la muerte del *de cuius*, los legitimarios preteridos solo podrán pretender que se declare la "invalidez" de la institución hereditaria si efectivamente llegan a sobrevivir al causante, de modo que esta última persistirá incólume en caso contrario. Así lo dispone expresamente el penúltimo párrafo

del art. 814 CC: “*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos*”. Vistas así las cosas, ¿cabe hablar, realmente, en las hipótesis de preterición no intencional de descendientes (sea parcial, sea total) de una invalidez de la institución hereditaria *ab origine*? Obviamente, no, lo que significa que, aun cuando admitiéramos a efectos dialécticos que (tal y como postula el TSJPV) el fenómeno compromete, en el Código Civil, la validez de la institución hereditaria, se trataría de un juicio de validez que ha de realizarse, no al momento del otorgamiento, sino *ex post* y en función de cuáles sean las circunstancias concurrentes al instante de la apertura de la sucesión. Luego carece de sentido, al objeto de determinar cuáles hayan de ser los efectos derivados de la preterición, que se esté a la ley del otorgamiento del testamento (disp. trans. 2ª CC) en lugar de aquella que resulte aplicable al instante del óbito del testador (disp. trans. 12ª CC).

V. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: LA VECINDAD CIVIL DEL CAUSANTE EN EL CASO DE AUTOS.

Un último apunte: la sentencia considera que el art. 814.II.2º CC es aplicable al caso de autos en calidad de norma supletoria, pues parte de la premisa de que nuestro causante ostentaba vecindad civil guipuzcoana cuando otorgó el testamento, estando sometido entonces a las disposiciones contenidas en los arts. 147 a 188 de la LDCFPV de 1992; así, comoquiera que estas no contienen previsión alguna en materia de preterición, la solución ha de buscarse necesariamente recurriendo al Derecho supletorio (art. 3 LDCFPV). Sin embargo, conviene precisar dos cosas: la primera, que esta premisa solo puede reputarse correcta si el causante, además de haber adquirido vecindad civil en Gipuzkoa, era titular, al instante del otorgamiento, de un caserío ubicado en dicho Territorio Histórico, ya que el Fuero guipuzcoano exigía para su aplicación, además de aquella conexión personal (es decir, haber ganado vecindad civil en esta provincia: art. 149 LDCFPV), esa otra de índole “funcional” (o sea, ser propietario de caserío: art. 150 LDCFPV); de lo contrario, estaríamos hablando, en realidad, de un causante con vecindad civil común; la segunda, que, aunque el causante ostentara efectivamente en el caso de autos vecindad civil guipuzcoana, el precepto sería aplicable como norma primaria, por la sencilla razón de que, como se ha dicho antes, el Fuero de este Territorio Histórico no pretendía ni tenía por objeto establecer un régimen legitimario completo que desplazase al allí aplicable, es decir, el propio del Código Civil, sino solo introducir en él algunas salvedades y especialidades a fin de posibilitar la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano.

