



Roj: **STSJ PV 2296/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:2296**

Id Cendoj: **48020310012018100035**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2018**

Nº de Recurso: **7/2018**

Nº de Resolución: **7/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ANGEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

EAEko AUZITEGI NAGUSIA

ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA BILBAO

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

TEL.: 94-4016654

FAX: 94-4016997

Procedimiento: Recurso de casación Tribunal Superior de Justicia / Kasazio-err. AN 7/2018

NIG / IZO: 48.06.2-16/001275

NIG CGPJ / IZO BJKN :48044.42.1-2016/0001275

Demandante / Demantzailea: Aureliano Procurador/a / Prokuradorea: BAJO AUZ

Abogado/a / Abokatua: JESUS MUÑIZ FERNANDEZ

Demandado / Demandatua: FUNDACION VICENTE FERRER Procurador/a / Prokuradorea:OLAIZOLA ARES

Abogado/a / Abokatua:

EXCMO. SR. PRESIDENTE : D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

ILMA SRA. MAGISTRADA: D^a. NEKANE BOLADO ZÁRRAGA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

D. **FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL**

SENTENCIA N^o: 7/2018

En BILBAO (BIZKAIA), a veinte de julio de dos mil dieciocho.

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 15 de diciembre de 2017, dictó la Audiencia Provincial de Bizkaia -Sección Cuarta-, como consecuencia de autos de Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 492/2017 seguidos ante el citado órgano, sobre nulidad de testamento, interpuesto por D. Aureliano, representado por la procuradora D^a Maria Teresa Bajo Auz y asistido del letrado D. Jesús Muñiz Fernández, interviniendo como recurrido FUNDACIÓN VICENTE FERRER, representado por el procurador D. Iñigo Olaizola Ares y asistido del letrado D. José Luis Ruíz Flores.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En su Rollo nº 492/17, dimanante del Procedimiento ordinario nº 111/2016 de la UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Getxo, promovido por Fundación Vicente Ferrer y siendo la parte demandada D. Aureliano, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia en fecha 15 de diciembre de 2.017, resolución contra la que la Procuradora D.ª Mª Teresa Bajo Auz, en nombre y representación de D. Aureliano interpuso recurso de casación dentro del plazo.

SEGUNDO.- En resolución del 12 de febrero de 2.018, 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 parte recurrente y recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 1 de marzo de 2018, 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 el Procurador D. Iñigo Olaizola Ares, en nombre y representación de la Fundación Vicente Ferrer, se presentó escrito dentro plazo, formulando oposición al recurso de casación.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 11 de Abril de 2.018, se une a las actuaciones el escrito de impugnación del recurso y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 486.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), quedan los autos pendientes de votación y fallo.

SÉPTIMO.- Ha sido ponente el Illmo. Sr. Magistrado don **FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Don Dimas falleció el 8 de diciembre de 2015 habiendo otorgado testamento notarial abierto el 1 de febrero de 2011, cuya primera clausula literalmente dice:

"El testador manifiesta por el presente documento, que aunque tiene un hijo reconocido llamado DON Aureliano, en repetidas ocasiones su ex esposa, doña Eufrasia, le ha manifestado al testador que no es hijo biológico suyo, por lo ante dichas manifestaciones, el testador carece de herederos forzosos, salvo los derechos legitimarios que pudieran corresponder a su padre, don Justo.

Dicho lo anterior, sin perjuicio de los derechos legitimarios correspondientes a su padre, caso que a éste le correspondan, instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones a la Institución "FUNDACIÓN FERRER".

En el momento de su fallecimiento don Dimas tenía vecindad civil vasca -con vecindad civil local de vizcaíno aforado-; en el momento de otorgar testamento su vecindad civil era igualmente de vizcaíno aforado.

No consta que el causante hubiese impugnado la filiación del hoy recurrente don Aureliano. El padre de aquél, don Justo, le premurió.

El procedimiento en primera instancia.

Fallecido don Dimas su hijo interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de nulidad de testamento frente a la Fundación Vicente Ferrer.

Fundamentaba su pretensión en diferentes artículos del Código civil (en adelante, CC) y de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en adelante Ley 520/15 o LDCV) relativos todos ellos a las legítimas y los herederos forzosos, y especialmente en lo que aquí interesa en el artículo 51.2 de la Ley 5/2015, conforme al que "2. La preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial".

Considerando que él era el único heredero forzoso de su padre, y que había sido preterido en el testamento, con lo que procedía declarar nulo éste y declararle heredero único *ab intestato*. Adicionalmente pedía la declaración de nulidad de los eventuales actos de aceptación de herencia, partición y adjudicación de bienes que hubiese podido efectuar la Fundación Vicente Ferrer.



La demandada se opuso de contrario alegando que la exclusión del actor de la herencia de su padre era conforme a la Ley vigente en el momento de otorgarse el testamento, esto es, a la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco (en adelante Ley 3/1992), de acuerdo con los siguientes fundamentos:

En primer lugar porque conforme a la Disposición Transitoria 2ª del Código civil las disposiciones testamentarias otorgadas bajo la vigencia de la anterior Ley son válidas si lo eran conforme a aquélla; no existiendo en la Ley 3/1992 disposición similar al artículo 51.2 de la Ley 5/2015 el testamento es plenamente válido.

En segundo lugar porque no se ha producido la preterición del actor, ya que no se le ha omitido en el testamento, sino que aparece citado en la cláusula primera.

Finalmente porque el artículo 54 de la Ley 3/1992 permitía la exclusión de los herederos forzosos siempre que constase claramente la voluntad de hacerlo, lo que ocurre en este caso.

Subsidiariamente considera que si los motivos anteriores se desestimasen el actor tiene derecho únicamente a un tercio de la herencia, que es la porción hereditaria que establece el artículo 49 de la LDCV.

El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Getxo en sentencia de 20 de abril de 2017 estimó íntegramente la demanda, imponiendo las costas a la entidad demandada.

Desestimado que nos encontrásemos ante un supuesto de preterición a los que se refiere el artículo 51.2 de la Ley 5/2015, considera que la institución de heredero testamentario era nula bajo la Ley 3/1992, pues supuso el apartamiento del único heredero forzoso del causante, lo que contraviene los artículos 53 y 54 de ésta última Ley, en tanto sólo cabe el apartamiento de un heredero forzoso cuando los bienes que integran la cuota legitimaria son atribuidos a otros herederos forzosos.

El procedimiento seguido ante la Audiencia Provincial.

Por la representación procesal de la Fundación Vicente Ferrer se interpuso recurso de apelación frente a la sentencia a la que nos referíamos en el apartado I.4.3 anterior en base a los siguientes motivos:

En primer lugar por error patente en la valoración de la prueba, pues el actor no era el único heredero forzoso nombrado en el testamento, por lo que su exclusión respeta el artículo 54 de la Ley 3/1992. Para el apelante la mención al padre hecha en el testamento (I.1 anterior) y el respeto a los derechos legitimarios que pudiesen corresponderle supone, en tanto que éste es heredero forzoso conforme al artículo 134.2 de la mencionada Ley, que no se han apartado a todos los herederos forzosos, sino únicamente al hijo.

Subsidiariamente alega que no existe precepto en la Ley 3/1992 que ampare la nulidad del testamento por infracción de sus artículos 53 y 54, por lo que partiendo del principio de respeto a la voluntad del testador, debe integrarse en el testamento los derechos legitimarios que eventualmente tenga el hijo.

La representación procesal de don Aureliano se opuso al recurso, formulando las siguientes alegaciones:

Se opone al primero de los motivos manifestando con carácter preliminar que don Justo premurió a su hijo, por lo que en ningún caso puede ser heredero forzoso de éste. Adicionalmente alega que el llamamiento a los ascendientes como herederos forzosos sólo puede suceder si no existen descendientes, conforme a lo establecido en el artículo 807 CC, supletorio de la Ley 3/1992.

En segundo lugar alega que la normativa foral permite la libre distribución de los bienes entre los herederos forzosos, pero en ningún caso atribuir a extraños a éstos la totalidad de la herencia. Con apoyo en jurisprudencia de esta Sala y de la Audiencia Provincial de Bizkaia, así como en el artículo 51.2 LDCV y 814 CC, alega la existencia de previsión de nulidad para los supuestos de apartamiento de todos los herederos forzosos.

Finalmente, relata una serie de consideraciones fácticas, legales y jurisprudenciales que no han sido tenidas en cuenta por la parte recurrente: que el actor es el único heredero forzoso del causante; que el artículo 54 de la Ley 3/1992 supone que la sucesión forzosa se defiende en primer lugar a los hijos y descendientes, y sólo en defecto de éstos a los ascendientes; que la herencia puede atribuirse en su totalidad a un único heredero forzoso pero no a un extraño; que es a la fecha del fallecimiento de una persona cuando debe determinarse quienes son sus herederos forzosos; que conforme al artículo 51.2 de la Ley 5/2015 la preterición de todos los herederos forzosos supone hace nulas las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial, lo que coincide con el artículo 814 CC; que el testamento debe contemplar al menos a uno de los herederos forzosos; que si el artículo 51.2 LDCV no es aplicable al supuesto de autos al menos es criterio hermenéutico para resolver la *litis*; que la norma de conflictos intertemporales alegada es irrelevante pues el testamento era nulo conforme a la Ley vigente en el momento en que se otorgó; que a la luz de la Ley 5/2015 el no llamamiento



a un heredero forzoso no puede equipararse a un apartamiento sino a una preterición intencional, pues el disponente conocía la existencia del legitimario, y, por último que el Tribunal Supremo ha venido estableciendo que debe imponerse una interpretación restrictiva en materia de desheredación.

I.5.3 La Audiencia Provincial, en sentencia de 15 de diciembre de 2017 estimó parcialmente el recurso de apelación sin realizar condena expresa en costas. Para este Tribunal el testamento afecta a la legítima del heredero forzoso, que en todo caso debe ser respetada, y que, conforme al artículo 49 de la Ley 5/2015 vigente en el momento del fallecimiento, asciende a un tercio de la herencia. En consecuencia revoca la sentencia de instancia, y anulando el apartamiento del heredero forzoso atribuye a éste un tercio del caudal relicto de don Dimas .

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto.

Por la representación don Aureliano se interpuso en tiempo y forma recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial por un único motivo, a saber, la infracción del artículo 51.2 de la Ley 5/2015, sobre el que no existe jurisprudencia de esta Sala, pues no se tiene en cuenta por la sentencia recurrida que al preterirse a todos los herederos forzosos, como ha ocurrido en el supuesto de autos, procede declarar nulas todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

En apoyo de su tesis cita una serie de sentencias del Tribunal Supremo relativas a la preterición de las que extrae unos criterios interpretativos que servirían para interpretar el precepto infringido.

La representación procesal de la Fundación Vicente Ferrer se opone por varios motivos.

En primer lugar considera que no cabe admitir el recurso, pues altera la base fáctica en tanto el hijo no fue ignorado en el testamento, sino que se le mencionó y la jurisprudencia del tribunal Supremo que aporta no es contradictoria con la sentencia, sino que se refiere a la preterición errónea y no a la intencional o apartamiento.

A continuación impugna la fundamentación del recurso de acuerdo a los siguientes motivos:

Alteración por parte del recurrente de los fundamentos de la sentencia y de la base dialéctica del pleito, que desglosa en los siguientes apartados:

No existió preterición, sino apartamiento, pues el testador mencionó al recurrente como hijo reconocido.

El padre del testador estaba vivo en el momento de otorgarse el testamento.

La fundamentación jurídica de la sentencia no se basa únicamente en el artículo 51.2 de la Ley 5/2015, sino que reconociendo aplicable la Ley 3/1992, en la que nada se decía similar a aquél precepto, por lo que acude al artículo 814 CC, como supletorio, para resolver la cuestión.

La sentencia no infringe el artículo 51.2 LDCV porque esta norma no se aplicó ni en la fundamentación ni en el fallo; según alega la sentencia cita el precepto pero no lo tiene en cuenta para resolver, pues no determina la nulidad del testamento, sino que lo trata como un apartamiento en un supuesto de lesión de la legítima colectiva, y otorga al hoy recurrente su correspondiente cuota legitimaria.

La sentencia no vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada, pues se refiere a supuestos de preterición no intencional.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que se cita es contraria a la posición del recurrente o directamente no aplicable.

TERCERO.- Conflicto temporal de aplicación de la norma.

Entre el otorgamiento del testamento que rige la sucesión don Dimas y su fallecimiento entró en vigor la Ley 5/2015, tal y como ha sido manifestado por las partes, norma que vino a reemplazar a la anteriormente vigente Ley 3/1992.

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".

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 Dimas -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.

CUARTO.- La eventual preterición de don D. Aureliano en el testamento de su padre y las consecuencias que de ello se derivan.

Tal y como hemos dicho en el fundamento anterior, debemos analizar la cláusula testamentaria a la luz de la Ley 3/1992, sin perjuicio de que la legítima que eventualmente corresponda al recurrente sea debe ser la de la nueva LDCV; en todo caso, ya adelantamos que no cabe considerar infringido el artículo 51.2 de la Ley 5/2015, conforme al que "la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas todas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial", pues todos los aspectos relativos a la herencia, a salvo de las legítimas, se regirán por la antigua.

El primer precepto a tener en cuenta es el artículo 53 de la Ley 3/1992, conforme al que "La sucesión forzosa, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiende por el siguiente orden:

A los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes.

A los padres y demás ascendientes."

Es decir, que don Aureliano es heredero forzoso de su fallecido padre, pues si bien éste niega en el testamento la condición de tal, falleció sin impugnar su filiación conforme a los cauces legalmente establecidos. En relación con esta cuestión no cabe entrar a valorar, como ha hecho en algunas fases del proceso la Fundación Vicente Ferrer, si la mención al padre en el testamento, al que se le lega la legítima que le corresponda da cumplimiento a las obligaciones en relación con la legítima de don Dimas, puesto que don Justo premurió a su hijo y es cuestión pacífica que los herederos forzosos del causante no deben determinarse en el momento del otorgamiento de testamento, sino en el de su fallecimiento.



El artículo 54 de la Ley 3/1992 regula las facultades del testador en relación con las legítimas de la siguiente manera:

"El testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo.

Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión.

..."

Consecuencia de esta normativa era que en un supuesto como éste, en el que hay un único heredero forzoso, las facultades del causante en relación con la legítima son muy limitadas, prácticamente inexistentes. Lo que nos lleva a la principal cuestión que hemos de resolver, esto es, qué efectos jurídicos tiene que conforme al testamento don Aureliano quede excluido de la herencia de su padre.

Para resolver la cuestión se debe tener en cuenta que la regulación de la desheredación o de la preterición es prácticamente inexistente en la Ley 3/1992, y la relativa al apartamiento limitada, por lo que conforme al artículo 3 de la mencionada norma deberemos acudir con carácter supletorio al "Código Civil y demás disposiciones de carácter general", para cuya aplicación deberán tenerse en cuenta los principios generales del Derecho Civil Foral.

A continuación es necesario afrontar una cuestión de la máxima importancia, esto es, determinar qué pretendía don Dimas al otorgar testamento, y cómo encaja su voluntad, que debe ser respetada en la medida de lo posible - artículos 675 CC y 4 Ley 3/1992-, con las obligaciones legales que debió cumplir al articularla en su testamento, ya que de la lectura de la cláusula testamentaria que hemos reproducido más arriba, y que cabría reputar patológica, podría entenderse que (a) aparta al hijo de la herencia, (b) lo deshereda sin expresar causa no admitida por la Ley o (c) lo pretere.

El párrafo primero del artículo 54 podría interpretarse en el sentido de que no cabe el apartamiento de todos los herederos forzosos, pues literalmente dice que podrá el testador en relación a los legitimarios "... elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás...", lo que nos llevaría a descartar que nos encontremos ante un apartamiento.

También parece razonable descartar que nos encontremos ante una desheredación sin justa causa; el testador no parece querer separar de su herencia al que es su heredero, sino que su voluntad parece encaminarse más en el sentido de no considerarle heredero, lo que nos llevaría a la preterición intencional del hijo; si bien habitualmente se asimila la preterición a la omisión del legitimario en el testamento, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1909 (ROJ: STS 61/1909 - ECLI:ES:TS:1909:61) estimó que había preterición en un supuesto como el presente, esto es, en el que se menciona al legitimario en el testamento pero para negar su condición de tal; consideración que nos parece razonable y asumimos, sin perjuicio de que las consecuencias de que nos encontremos ante una preterición o una desheredación sin justa causa sean materialmente las mismas.

La Ley 3/1992 no regula en ninguno de sus artículos las consecuencias de la preterición, intencional o no, de alguno o algunos de los herederos forzosos, por lo que, debemos acudir a lo prevenido en el Código civil; cuyo artículo 814 dice:

"La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la preterición no intencional...

A salvo de las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador."

Precepto del que se deriva que el hoy recurrente tendrá derecho a la cuota legitimaria que corresponda a los hijos o descendientes, siendo irrelevante que nos encontremos ante la preterición intencional del único heredero forzoso, y no de uno de ellos (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 - Roj: STS 6286/2004 - ECLI: ES:TS:2004:6286).

No son relevantes para resolver la presente cuestión las sentencias que cita en el recurso de casación la parte recurrente, pues si bien es cierto que decretan la nulidad de las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial con consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*, no es menos cierto que, como dice la parte recurrida, se refieren a supuestos de preterición no intencional, para los que el párrafo segundo del artículo 814 CC impone esa consecuencia y no la aquí mencionada para los supuestos de preterición intencional.



Una vez determinado que don Aureliano tiene derecho a la cuota legitimaria en la herencia de su padre conforme a la normativa vigente en el momento del fallecimiento de éste, debemos acudir al artículo 49 de la LDCV, conforme al que "La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario", procediendo por tanto la confirmación del fallo de la sentencia recurrida en casación, pues por vía distinta llegamos a la misma conclusión que la Audiencia Provincial.

La vinculación al imperio de la Ley en la aplicación del Derecho transitorio ofrece en este caso un resultado que podría entenderse paradójico, lo que ha dado lugar a la larga deliberación del asunto por la Sala. Resultado que muy probablemente no se produciría si tanto el otorgamiento del testamento como el fallecimiento hubiesen sucedido durante la vigencia de una u otra de las leyes. Porque si a la sucesión se le hubiese aplicado íntegramente la Ley 3/1992, la legítima que hubiese correspondido al hoy recurrente hubiese sido, conforme a su artículo 55, de cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador, es decir, su práctica totalidad; y ello sin entrar a valorar si, como apuntó la doctrina en algún momento, la preterición de todos los herederos forzosos no suponía bajo la meritada Ley la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Y si todo hubiese ocurrido bajo la LDCV entraría en juego su artículo 51.2, con la eventual nulidad de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*, problemática en la que, como ya hemos dicho, no hemos entrado. Es decir, que la sanción al incumplimiento de las obligaciones en relación con los sucesores forzosos hubiese sido en ambos casos - probablemente mucho más bajo la vigencia de la actual Ley- significativa, no quedando los derechos de éstos limitados a un tercio de la herencia.

QUINTO.- Costas y depósito para recurrir.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 394.1 LEC, por remisión del artículo 398.2 del mismo cuerpo legal, no procede la condena en costas, a pesar de haber sido desestimado el recurso, habida cuenta la complejidad de la cuestión, especialmente en relación con el derecho transitorio, y las posibles interpretaciones legales que, para su resolución, se han debatido en esta Sala.

La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

En virtud de la potestad jurisdiccional que nos viene conferida por la Constitución y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Aureliano contra la sentencia de 15 de diciembre de 2.017 dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que se confirma; sin expresa condena en costas.

Transfírase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del órgano de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

Contra la presente sentencia no cabe recurso.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Presidente, la Ilma. Sra. Magistrada y los Illmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Excmo. Sr. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.