



Roj: **STS 2854/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2854**

Id Cendoj: **28079110012018100463**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **2295/2014**

Nº de Resolución: **464/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 464/2018

Fecha de sentencia: 19/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2295/2014

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 10.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2295/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 464/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 19 de julio de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 122/2014 por la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de



Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 2032/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Francisco de Asís Moreno Ponce en nombre y representación de don Jesús y del Instituto Religioso «Iesu Communio», compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y el procurador don Javier Huidobro Sánchez-Toscano en nombre y representación de Herederos de don Leoncio y de don Lucio, en calidad de recurrente. La procuradora doña M.^a Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de don Mateo en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Javier Huidobro Sánchez-Toscano en nombre y representación de don Lucio y de los Herederos de don Leoncio, interpuso demanda de juicio ordinario, de entrega de la posesión del legado consistente en las participaciones de la sociedad comercial Vascongada Recalde S.A, contra los herederos de don Santiago a saber: don Jesús, Monjas Clarisas de Lerma y contra don Mateo, asistido del letrado don José Antonio García-Consuegra Bleda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1. Declarar que el legado que debe ser entregado a mis representados es la participación accionarial de la sociedad Comercial Vascongada Recalde, consistente en 1.248.754 acciones ordinarias al portador de 30,050605 euros de valor nominal cada una de ellas, que coinciden con la situación de dicha sociedad en el momento del fallecimiento del causante.

»2. Condenar a los herederos y/o al albacea para que procedan a hacer inmediata entrega y dar posesión a mis representados de sus respectivos legados consistentes en la participación accionarial de la sociedad Comercial Vascongada Recalde S.A, tal y como se encontraba dicha participación en el momento del fallecimiento del causante el 8 de marzo de 2009.

»3. Condena en costas a la parte demandada».

Y por medio de otrosí 3.º de la demanda, solicitó:

«Medida cautelar de anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil».

El procurador don Javier Huidobro Sánchez-Toscano, en fecha 3 de febrero de 2010, que tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 el día 10 de febrero de 2010, ampliando la demanda y solicitando en el suplico:

«Que tenga por deducida la petición de medidas cautelares y provea de conformidad, adoptando las medidas cautelares solicitadas con carácter urgente y sin más trámite, requiriendo, en su caso, a esta parte para prestar caución, en la cuantía manifestada anteriormente. Subsidiariamente y para el caso de no adoptarse dichas medidas con carácter inmediato, acuerde continuar su tramitación con ausencia de los demandados, teniendo por sustituidas las interesadas en el escrito de demanda por las relacionadas en el cuerpo de este escrito».

El procurador don Francisco Moreno Ponce, contestó a la demanda en nombre y representación de don Jesús y del Convento de Madrid Clarisas de Lerma (Burgos), alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando:

«1.º.- Se declare nulo e ineficaz el traslado del patrimonio de Don Santiago efectuado fraudulentamente por su tutor (Don Alfredo) a CVR mediante la ampliación de capital de fecha 28 de diciembre de 2007; y, por lo tanto, la nulidad de todos los actos civiles y mercantiles integrantes del fraude y los que sean consecuencia de este, incluidos los frutos e intereses.

El patrimonio trasladado fraudulentamente se refiere a las acciones especificadas en el Hecho segundo de esta demanda reconvenional.

2.º.- Subsidiariamente, que de proceder la entrega de algún legado de CVR, ésta se limite a la entrega a los legatarios de las 500.000 acciones de CVR existentes en la actualidad, resultantes de la reducción de capital efectuada en la Junta General Extraordinaria de 30 de marzo, 29 de abril y 9 de julio de 2009, como legados instituidos en el testamento.

3.º.- Más subsidiariamente, y para el caso de que se estimare la demanda de entrega de los legados de CVR y se desestimaren las dos peticiones anteriores objeto de esta reconvenición, se declare el derecho de los herederos de don Santiago a ser compensados económicamente por los legatarios, como enriquecimiento injusto, en cantidad equivalente al valor que al día de la ejecución de la Sentencia tengan los títulos valores



aportados por el tutor, en nombre del testador, a CVR, en la ampliación de capital realizada durante la tutela más los frutos e intereses desde el día de la aportación.

4.º.- Se condene en costas a quien se oponga a esta reconvención».

SEGUNDO .- La procuradora doña María Isabel Torres Ruiz, en nombre y representación de don Mateo , contestó a la demanda, asistido del letrado don Francisco Javier Jiménez Juárez y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Absolviendo de la misma libremente a mi principal, con expresa imposición de costas a los demandantes».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Uno.- la desestimación de la demanda interpuesta por don Lucio , representado por la procuradora doña Concepción Muñiz González, y doña Evangelina y don Alfredo , don Patricio , doña Sandra y doña María Teresa , estos cinco representados por el procurador don Javier Huidobro Sánchez Toscano, y de su ampliación en escrito presentado en 3.2.2010, contra don Jesús , Monjas Clarisas de Lerma -actualmente entidad religiosa Iesu Communio-, estos dos representados por el procurador don Francisco Moreno Ponce, y don Mateo , representado por la procuradora doña María Isabel Torres Ruiz;

»DOS.- y absuelvo a los demandados de la demanda y su ampliación expresadas;

»Tres.- llévase testimonio de la presente sentencia, además de a los autos de su razón n.º 2.032 de 2009, a su pieza separada de medida cautelar, para su constancia y efectos;

»Cuatro.- por último, condeno a los demandantes al pago de las costas».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de los herederos de don Leoncio , la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 24 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

1) Que, con acogimiento parcial del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Javier Huidobro Sánchez-Toscano, en representación de los herederos de don Leoncio , frente a la sentencia dictada el día catorce de diciembre de dos mil doce por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid, en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la resolución indicada y, en consecuencia, con estimación parcial de la demanda formulada por la parte demandante. debemos condenar a los demandados a la entrega de los legados económicos establecidos en el testamento de D. Santiago a favor de D. Lucio por importe de 900.000 euros y de los herederos de D. Leoncio por 300.000 euros, inestimando la demanda en todo lo demás, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales originadas en la primera instancia, pronunciamiento-extensivo a las devengadas en esta instancia.

2) Que, con desestimación de la impugnación deducida por la representación procesal de D. Lucio frente a dicha sentencia, la confirmamos en lo que a la impugnación se refiere, imponiendo a la parte impugnante las costas procesales originadas por su tramitación.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15.ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

El procurador don Francisco Moreno Ponce, en nombre y representación de don Jesús y del Instituto «Iesu Communio» y el también procurador don Javier Huidobro Sánchez-Toscano, en nombre y representación que consta en autos, presentaron escrito solicitando subsanación de la sentencia núm. 150/2014 de fecha 24 de abril de 2014 , adhiriéndose a la petición la procuradora doña María Isabel Torres Ruiz, en nombre y representación de don Mateo . Igualmente se presentó escrito por doña Concepción Muñiz González, en nombre y representación de don Lucio , en el que solicitaba su estimación y aclaración de la sentencia.

Por Auto de aclaración de fecha 30 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva dice:

«No ha lugar a acceder a las solicitudes de subsanación formuladas por los procuradores D. Francisco Moreno Ponce y D. Javier Huidobro Sánchez Toscano, en las respectivas representaciones que ostentan, en orden a la sentencia dictada por este Tribunal el día veinticuatro de abril de dos mil catorce, por las razones expresadas en el cuerpo de esta resolución, la que se notificará en legal forma».



QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, la representación procesal de los Herederos de don Leoncio y de don Lucio , argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 469.1.4.º LEC , por infracción del artículo 222.4 LEC y del artículo 24.1 de la Constitución . Segundo.- Artículo 469.1.4.º LEC , por infracción del artículo 222.4.º LEC y 24. 1 de la Constitución . Tercero.- Artículo 469.1.4.º LEC , por infracción del artículo 24.1 de la Constitución . El recurso de casación, lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del artículo 675, párrafo 1.º del Código Civil , por infringir frontalmente la voluntad del testador. Segundo.- Infracción del artículo 882, párrafo 1.º del Código Civil , por negar a los legatarios la propiedad de un legado específico (el de las acciones de la sociedad CVR). Tercero.- Infracción del artículo 883, inciso 2.º del Código Civil , en relación con el artículo 667 del mismo texto legal . Cuarto.- Aplicación indebida del artículo 6.4 del Código Civil , por no existir el fraude de Ley apreciado por la sentencia recurrida. Quinto.- (Subsidiario de los anteriores). Infracción del artículo 6.4 del Código Civil , por inaplicación de la norma supuestamente defraudada.

El procurador don Francisco de Asís Moreno Ponce, en nombre y representación de don Jesús y del Instituto Religioso «lesu Communio», interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada, argumentando el recurso extraordinario en un único motivo: Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, artículo 218.1 LEC . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción por no aplicación del párrafo segundo del artículo 675 del Código Civil . Segundo.- Infracción por no aplicación del artículo 10 de la LEC en cuanto fundamento de la legitimación activa para interponer el recurso de apelación.

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 21 de septiembre de 2016 se acordó:

- 1.º Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de los herederos de don Leoncio y don Lucio contra la sentencia dictada con fecha 24 de abril de 2014 , en relación a los motivos primero a quinto. No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo sexto del recurso de casación.
- 2.º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Jesús y el Instituto Religioso «lesu Communio», contra la referida sentencia. No admitir el recurso de casación.
- 3.º Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la partes formalicen por escrito su oposición al recurso admitido de adverso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.
- 4.º Imponer a la representación procesal de los herederos de D. Leoncio y D. Lucio , las costas de su recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido.
- 5.º imponer a la representación procesal de D. Jesús y el Instituto Religioso "lesu Communio", las costas de su recurso de casación con pérdida del depósito constituido.

El procurador don Francisco Moreno Ponce, por escrito presentado en fecha 4 de enero de 2017, interpuso incidente excepcional de nulidad de actuaciones respecto del auto dictado por la Sala de lo Civil con fecha 21 de septiembre de 2016 , y en su parte dispositiva, solicitaba:

«Se dicte Auto por el que se declare la nulidad de Auto impugnado y se repongan las actuaciones al momento de admisión del recurso de casación, procediendo a la admisión del primero de los motivos invocado por mis mandantes».

«Acuerde inadmitir y rechazar el incidente de nulidad formulado por la representación de don Francisco Moreno Ponce, frente a la inadmisión del recurso de casación planteado por esa misma representación procesal acordada por Auto de fecha 16 de septiembre de 2016, con imposición de las costas a la parte solicitante».

Por Auto de fecha 1 de febrero de 2017 , se resuelve:

1.º- DECLARAR LA NULIDAD del auto de 21 de septiembre de 2016 , referido a los siguientes particulares que se dejan sin efecto: el Fundamento de derecho Sexto referido al primer motivo del recurso de casación; en la parte dispositiva, el apartado 2º en cuanto al recurso de casación y apartado 5º; manteniendo su validez en cuanto al resto de los pronunciamientos que contiene.

2.º- En atención a lo expuesto se acuerda:

(i) En el Fundamento de derecho sexto del auto de fecha 21 de septiembre de 2016 , admitir en primer motivo del recurso de casación, interpuesto por D. Jesús y el "Instituto Religioso "lesu Communio".



(ii) En la parte dispositiva del auto de 21 de septiembre de 2016 , en relación al punto 2º: admitir el primer motivo del recurso de casación, y no admitir el segundo motivo.

(iii) En el apartado 5º del referido auto, abrir el plazo de veinte días a contar desde la notificación de este auto para que las partes puedan formalizar por escrito su oposición al primer motivo del recurso de casación que se admite.

3.º -No hacer expresa declaración sobre la imposición de costas procesales».

El procurador don Javier Huidobro Sánchez-Toscano, en nombre y representación de los Herederos de don Leoncio y de don Lucio , presentó escrito oponiéndose frente al primer motivo del recurso de casación presentado de contrario, solicitando:

«Se dicte sentencia que lo rechace e imponga a dicha parte recurrente las costas del recurso».

SÉPTIMO.- La representación de los herederos de D. Leoncio y D. Lucio , con fecha 8 de marzo de 2017 formuló incidente de nulidad de actuaciones contra el auto de 1 de febrero de 2017 que declaraba la nulidad parcial del auto de 21 de septiembre de 2016 y admitía el primer motivo del recurso de casación interpuesto por D. Jesús y el Instituto religioso lesu Communio.

Por providencia de 29 de marzo de 2017 se acordó no haber lugar a admitir a trámite el incidente de nulidad formulado frente al citado auto de 1 de febrero de 2017 .

OCTAVO.- Por providencia de 15 de septiembre de 2017 se designó como ponente al Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**. Frente a esta providencia, por la representación procesal de los herederos de D. Leoncio y D. Lucio , se interpuso recurso de reposición con fecha 29 de septiembre de 2017, recurso al que se opuso la otra parte. Dicho recurso fue desestimado por auto de fecha 19 de octubre de 2017 y se acordó suspender la deliberación, votación y fallo del asunto. Contra dicho auto se interpuso por los herederos de D. Leoncio y D. Lucio incidente de nulidad con fecha 22 de noviembre de 2017. Dicho incidente fue inadmitido a trámite por providencia de 29 de noviembre de 2017.

NOVENO.- Con fecha 12 de diciembre de 2017, por la representación procesal de los herederos de D. Leoncio y D. Lucio , se presentó escrito de recusación del ponente de esta sentencia, Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**. Formada pieza separada para tramitar este incidente, la representación procesal de D. Jesús , el instituto religioso lesu Communio, y el Ministerio Fiscal, se opusieron a dicha recusación. Por auto de 15 de marzo de 2018 se acordó la desestimación de esta recusación, con imposición de costas a los promotores del incidente.

DÉCIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, fue señalado nuevamente para votación y fallo el día 3 de mayo de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la aplicación testamentaria de la denominada *cautela socini*.

2. En síntesis, a los efectos que aquí interesan, D. Santiago , sin descendientes, falleció habiendo otorgado testamento abierto el 3 de abril de 2006. En dicho testamento, cuya validez no se discute, D. Lucio , tras la ordenación de diversos legados y el nombramiento de herederos universales en el remanente de sus bienes, por mitad, al Convento de Madres Clarisas de Lerma y a D. Jesús , incluyó en las cláusulas quinta y sexta la prohibición de la intervención judicial en su herencia (*cautela socini*) y el nombramiento de albacea contador partidador, en los siguientes términos:

«[...] QUINTA.- Prohíbe la intervención judicial en su herencia y si alguno la reclamara, quedará privado de cualquier derecho que el testador le haya legado, acrecentando su parte el caudal hereditario citado como remanente.

» SEXTA.- Nombra Albacea Contador Partidor con carácter solidario y con las más amplias facultades, incluso la de entregar legados, a cuyo fin podrá enajenar bienes del testador, y prorrogándole el plazo por un año más, a Don Mateo ».

3. Con relación a los antecedentes del presente caso, hay que destacar que ha resultado acreditado como hecho probado en la instancia, no cuestionado por la sentencia de la Audiencia, que los herederos de D. Leoncio y D. Lucio han promovido diferentes pleitos, además del presente en que ejercitan la acción de



petición de legado, ante diferentes juzgados de lo mercantil, de lo civil y de lo penal, todos ellos con relación directa o indirecta con la herencia de D. Santiago .

4. En el presente procedimiento D. Lucio , sobrino del testador causante, y los demás herederos de D. Leoncio , hermano del fallecido testador causante, es decir, su viuda D.^a Evangelina y sus hijos D. Patricio , D. Alfredo , D.^a Sandra y D.^a María Teresa interpusieron una demanda de petición de legado contra D. Jesús , el Instituto Religioso Iesu Communio y D. Mateo . En dicha demanda solicitaban la entrega del legado correspondiente a la participación accionarial en la Sociedad Comercial Vascongada Recalde, S.A. consistente, en el momento del fallecimiento del causante, en 1.248.754 acciones ordinarias al portador con un valor de 30.05 euros la acción. El 3 de febrero de 2010, los demandantes ampliaron su demanda solicitando la entrega de los legados de cantidad contemplados en la cláusula segunda del testamento, con relación a D. Lucio (por importe de 900.000 euros) y a D. Leoncio (por importe de 300.000 euros).

Los demandados se opusieron a la demanda, y D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio interpusieron demanda reconventional. En síntesis, solicitaron la desestimación de la demanda dado que la petición del legado de participación accionarial traía causa de un acto nulo e ineficaz al ser producto de un claro fraude de los derechos hereditarios de los demandados, pues D. Alfredo , cuando fue nombrado tutor del testador y administrador provisional de la citada mercantil en el procedimiento de incapacitación del causante, autorizó una ampliación de capital que vaciaba de contenido patrimonial el resto de la herencia de D. Lucio en perjuicio de los demás herederos. Además alegaron que, en el presente procedimiento, los demandados habían vulnerado la prohibición de intervención judicial impuesta por el testador en su testamento, estipulación quinta del mismo.

5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, consideró que, tras la intervención del administrador provisional, los demandantes pretendían la entrega de un legado sustancialmente diferente al dispuesto por el testador. Además de que los demandantes, en una herencia sin concurrencia de herederos forzosos, habían vulnerado la prohibición expresa del testador de acudir a la intervención judicial de la herencia.

6. Interpuesto recurso de apelación por los herederos de D. Leoncio , y escrito de impugnación por D. Lucio , si bien adhiriéndose al recurso de apelación, la sentencia de la Audiencia, con desestimación de dicho escrito de impugnación, estimó en parte el recurso de apelación. En primer término, consideró que, si bien el legado de participación accionarial tenía la naturaleza de un legado de cosa específica, en cualquier caso, la ampliación de capital de la sociedad llevada a cabo por el administrador provisional de la sociedad suponía una alteración irrefutable de la disposición testamentaria, que debía calificarse de fraudulenta. En segundo término, estimó procedente la petición de los legados de cantidad solicitados en la ampliación de la demanda.

7. Frente a la sentencia de apelación los herederos de D. Leoncio y D. Lucio interponen recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado inadmitido por carencia manifiesta de fundamento (art. 473.2 L.E.C .) y recurso de casación que ha resultado admitido a excepción del motivo sexto.

Por su parte, D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, cuyo primer motivo ha resultado admitido por auto de esta sala de 1 de febrero de 2017

SEGUNDO.- *Previo*

A la vista de las controversias suscitadas por los distintos recursos interpuestos por las partes, se aprecia que lo discutido en el recurso de casación de D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio, es un presupuesto lógico que condiciona la resolución del resto de los recursos. Su estimación haría innecesario entrar en el examen del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por estos recurrentes, y comportaría la desestimación del recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Leoncio y D. Lucio . Por esta razón entramos a analizar, en primer lugar, el recurso de casación interpuesto por D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio.

Recurso de casación de D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio.

TERCERO.- *Acción de petición de legados y cautela socini. Doctrina judicial aplicable.*

1. En el primer motivo del recurso de casación los recurrentes denuncian la infracción por no aplicación del párrafo segundo del art. 675 del Código Civil . Argumentan que los demandantes han vulnerado la expresa prohibición impuesta por el testador de solicitar la intervención judicial de la herencia dispuesta en su testamento. Por lo que quedan privados de cualquier derecho contemplado en el testamento, incluidos los legados de cantidad que se reclaman al amparo de la estipulación segunda del testamento en favor de D. Lucio y D. Leoncio .

2. El motivo debe ser estimado.



La validez de la denominada *cautela socini* en el marco de las disposiciones testamentarias ha sido declarada por la doctrina jurisprudencial de esta sala, particularmente en las SSTS 835/2013, de 17 de enero de 2014 y 254/2014, de 3 de septiembre . Con base en esta jurisprudencia, esta sala, en la sentencia 717/2014, de 21 de abril de 2015 , ha declarado que:

«[...] lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la *cautela socini* es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la *cautela socini* . En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que solo aquéllos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción".»

En un supuesto muy próximo al aquí enjuiciado, esta sala en su sentencia 254/2014, de 3 de septiembre , ha declarado lo siguiente:

«[...] también interesa puntualizar que el objeto de la aplicación de la *cautela socini* , esto es, el recurso a la intervención judicial en el presente caso, no queda referenciado en la propia acción de petición o entrega del legado de cantidad que dio curso a la demanda ejercitada, pues en su correcto entendimiento la petición del legado y su ejercicio justificado constituye una facultad inherente a la posición jurídica del legatario que el testador no puede abrogar o limitar ya que, en su caso, articula el derecho del legatario a obtener, conforme a la disposición testamentaria, el pago de su legado. Como tampoco lo sería, por extensión, respecto del derecho del legatario de cantidad de anotar preventivamente su legado en el Registro de la Propiedad (artículo 48 LH). Por el contrario, tal y como alega la parte recurrente, la aplicación de la *cautela socini* en el presente caso no guarda relación con el carácter justificado o no del ejercicio de la acción de petición del legado, sino que trae causa de la previa intervención judicial provocada por la legataria en su demanda de remoción o separación del cargo del albacea, de 8 de mayo de 2009, contrariando de esta forma lo dispuesto por el testador (cláusula sexta del testamento).»

En el presente caso, conforme a la jurisprudencia expuesta, la vulneración de la prohibición impuesta por el testador no se ha producido por el ejercicio de la acción de petición de los legados con base en el art. 885 del Código Civil , sino por los numerosos procedimientos judiciales promovidos por los demandantes en los órdenes civil, mercantil y penal, dirigidos a alterar la ordenación y distribución hereditaria querida por el testador por medio del cuestionamiento del contenido de los legados y de la actuación del albacea contador-partidor en defensa, precisamente, de lo ordenado en el testamento, esto es, de velar por el contenido patrimonial de lo dispuesto en favor de D. Jesús y del convento de Madres Clarisas de Lerma como herederos universales del testador.

La vulneración de la prohibición de intervenir judicialmente la herencia comporta, necesariamente, la sanción prevista por el testador para dicho supuesto en la cláusula quinta, es decir, «la privación de cualquier derecho que el testador le haya legado.», privación o pérdida de los derechos hereditarios que en el presente caso es plena, dado que el testador carecía de herederos forzosos o legitimarios.

3. La estimación del recurso de casación interpuesto por D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio hace innecesario entrar en el examen de su recurso extraordinario por infracción procesal y comporta la desestimación del recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Leoncio y D. Lucio .

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La estimación del recurso de casación interpuesto por D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio comporta que no se haga expresa imposición de las costas de dicho recurso, ni de su recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el art. 398.2 L.E.C . A su vez, dicha estimación comporta la desestimación del recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Leoncio y D. Lucio , por lo que procede imponerles las costas de dicho recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 L.E.C ..



2. La estimación del recurso de casación interpuesto por D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio comporta la desestimación del recurso de apelación interpuesto por D.^a María Teresa , D.^a Sandra , D.^a Evangelina , D. Patricio y D. Alfredo y herederos de D. Leoncio , por lo que procede imponerles las costas de dicho recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 L.E.C ..

3. Asimismo procede ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación de D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio, y la pérdida del depósito constituido para a interposición del recurso de casación de los herederos de D. Leoncio y D. Lucio , de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.^a L.O.P.J .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio contra la sentencia dictada, con fecha 24 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10.^a, en el rollo de apelación núm. 122/2014 .

2. Casar y anular dicha sentencia y en su lugar, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por D.^a María Teresa y D.^a Sandra , D. Evangelina y D. Patricio y D. Alfredo , confirmar la sentencia núm. 244/2012, de 30 de noviembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Madrid , en el juicio ordinario núm. 2032/2009.

3. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de los herederos de D. Leoncio y D. Lucio contra la citada sentencia de 24 de abril de 2014 .

4. No hacer expresa imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación interpuestos por D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio.

5. Imponer las costas del recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Leoncio y D. Lucio .

6. Imponer las costas de apelación a la parte demandante apelante.

7. Ordenar la devolución de los depósitos constituidos por D. Jesús y el Instituto Religioso Iesu Communio por la interposición de sus recursos, y la pérdida del depósito constituido por los herederos de D. Leoncio y D. Lucio para la interposición de su recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Ignacio Sancho Gargallo **Francisco Javier Orduña Moreno**

Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres