



Roj: **STS 1969/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1969**

Id Cendoj: **28079110012019100317**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **3350/2012**

Nº de Resolución: **306/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 306/2019**

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3350/2012

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3350/2012

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 306/2019**

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 3 de junio de 2019.

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid.



Los recursos fueron interpuestos por la entidad Comercial Vascongada Recalde, S.A., representada por el procurador Francisco Moreno Ponce; y Vicente y los herederos de Paulino representados por el procurador Javier Huidobro Sánchez-Toscano. Es parte recurrida Rodrigo , representado por la procuradora María Isabel Torres Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Javier Huidobro Sánchez-Toscano, en nombre y representación de Paulino y Vicente , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, contra la entidad Comercial Vascongada Recalde S.A. Unipersonal y su administrador único Rodrigo , para que se dictase sentencia:

"por la que se estime la demanda y declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta Universal en su reunión de 30 de marzo de 2009, y cuantos acuerdos posteriores se hubieran adoptado, dejándolos sin efecto, condenando a la demandada a estar y pasar por dicho pronunciamiento con imposición de costas, si se opusiere a la demanda."

2. El procurador Javier Huidobro Sánchez-Toscano, en nombre y representación de Paulino y Vicente , con fecha 25 de mayo de 2009 presentó escrito por el que solicitaba una ampliación de la demanda mencionada y de adopción de medidas cautelares.

Con fecha 22 de septiembre de 2009, se procedió a realizar una segunda ampliación de demanda y de solicitud de medidas cautelares.

3. El procurador Francisco Moreno Ponce, en nombre y representación de la entidad Comercial Vascongada Recalde, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la misma, con imposición de las costas a los actores."

4. El procurador Francisco Moreno Ponce, en nombre y representación de la entidad Comercial Vascongada Recalde, S.A., formuló reconvencción y pidió al Juzgado que dicte sentencia:

"por la que se declare:

"1.- La validez de la Junta General Universal de "Comercial Vascongada Recalde S.A." de 30 de marzo de 2009, así como la validez de los asientos del Registro Mercantil dimanantes de la misma y que se ratifiquen sus acuerdos.

"2.- La nulidad de las Juntas Generales Universales de la misma sociedad, celebradas el 22 de mayo y 10 de julio de 2009 y cualquiera otra posterior celebrada por los legatarios reconvenidos con anterioridad a la determinación y entrega del **legado**, así como la nulidad y cancelación de los asientos registrales derivados de las mismas.

"3.- Se condene en costas a quien se oponga a la reconvencción."

5. El procurador Francisco Moreno Ponce, en nombre y representación de la entidad Comercial Vascongada Recalde, S.A., presentó escrito por el que contestaba a la ampliación de la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la misma, con imposición de las costas a los actores."

6. El procurador Javier Huidobro Sánchez Toscano, en representación de Vicente y de los herederos de Paulino , contestó a la demanda reconvenccional y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestime la misma atendiendo a las excepciones y demás alegaciones contenidas en el cuerpo de este escrito."

7. La procuradora María Isabel Torres Ruiz, en representación de Rodrigo , contestó a la demanda y a la ampliación presentada y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la misma, con imposición de las costas a los actores."

8. El Juez de lo Mercantil núm. 6 de Madrid dictó sentencia con fecha 26 de abril de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:



"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda seguidos a instancia de D. Vicente , así como a instancia de herederos de D. Paulino , representados por el procurador Sr. Huidobro Sánchez-Toscano y asistidos del Letrado D. José Antonio García-Consuegra Bleda; contra la mercantil Comercial Vascongada Recalde, S.A., representada por el procurador Sr. Moreno Ponce y asistida del Letrado D. Pedro Menchez Herreros; y contra D. Rodrigo , representado por la Procuradora Sra. Torres Ruiz y asistido del Letrado D. Francisco Javier Jiménez Suárez; debo declarar la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta universal de la sociedad demandada en su reunión de 30.3.2009 y de cuantos acuerdos posteriores se hubieran adoptado, dejándolos sin efecto, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración; con imposición de las costas a los demandados.

"Que desestimando íntegramente la demanda reconventional seguida a instancia de la mercantil Comercial Vascongada Recalde S.A. representada por el procurador Sr. Moreno Ponce y asistida del Letrado D. Pedro Menchez Herreros, contra D. Vicente , así como a instancia de herederos de D. Paulino , representados por el procurador Sr. Huidobro Sánchez-Toscano y asistidos del Letrado D. José Antonio García-Consuegra Bleda; debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones formuladas; con imposición de las costas a la parte actora."

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de la entidad Comercial Vascongada Recalde, S.A. y Rodrigo .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 24 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Comercial Vascongada Recalde S.A.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes, con expresa imposición a la parte recurrente de las costas derivadas de dicho recurso.

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Rodrigo contra la citada sentencia, que revocamos en relación al pronunciamiento que afecta al recurrente y en su lugar.

"Desestimamos la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Javier Huidobro Sánchez-Toscano en representación de D. Vicente y de los Herederos de D. Paulino contra D. Rodrigo , absolviendo al demandado de la pretensión ejercitada con imposición a la parte actora de las costas causadas en la primera instancia.

"No se efectúa expresa imposición de las costas derivadas de dicho recurso."

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y recursos de casación*

1. El procurador Javier Huidobro Sánchez-Toscano, en representación de Vicente y de los Herederos de Paulino , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.<sup>a</sup>.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia e infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, causando indefensión a esta parte, y vulneración del art. 24.1 de la Constitución "

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción por aplicación indebida del art. 117 LSA , en relación con el art. 10 LEC , y la jurisprudencia que los interpreta".

2. El procurador Francisco Moreno Ponce, en representación de la entidad Comercial Vascongada Recalde, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.<sup>a</sup>.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción del art. 86 ter. 2 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en cuanto a la competencia de la jurisdicción mercantil y el art. 10.1 de la citada Ley Orgánica".

Los motivos del recurso de casación fueron:



- "1º) Infracción, por inaplicación, del art. 885 CC , en relación con los arts. 657 , 661 y 440 CC y del art. 545 Código de Comercio .
- "2º) Infracción, por aplicación indebida de los arts. 882 y 983 CC ".
3. Por diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2012, se tuvo por interpuestos los recursos mencionados y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.
4. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Comercial Vascongada Recalde, S.A., representada por el procurador Francisco Moreno Ponce; y Vicente y de los Herederos de Paulino representados por el procurador Javier Huidobro Sánchez-Toscano; y como parte recurrida Rodrigo , representado por la procuradora María Isabel Torres Ruiz.
5. Esta sala dictó Auto de fecha 3 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:
- "Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de "Comercial Vascongada Recalde, S.A." contra la Sentencia dictada con fecha 24 de septiembre de 2012 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación nº 552/2011 , dimanante del juicio ordinario nº 393/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.
- "Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Vicente y Herederos de D. Paulino contra la Sentencia dictada con fecha 24 de septiembre de 2012 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo de apelación nº 552/2011 , dimanante del juicio ordinario nº 393/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid."
6. Dado traslado, las representaciones procesales respectivas presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.
7. Al no solicitarse la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de octubre de 2014. Por providencia de 17 de noviembre de 2014 se acordó suspender la deliberación iniciada el 16 de octubre, y se concedió un plazo de cinco días para que las partes se pronunciaran sobre la procedencia de acordar la suspensión del presente recurso.
8. Por auto de 26 de enero de 2015 se acordó lo siguiente:
- "La suspensión del presente recurso por prejudicialidad civil, hasta que no se resuelva sobre la admisión y, en su caso, la resolución del recurso núm. 2295/2014".
9. La sentencia de 19 de julio de 2018 ha resuelto el recurso de casación 2295/2014 y por diligencia de ordenación de 7 de septiembre de 2018 se ha alzado alzar la suspensión del presente recurso.
- Por providencia de 8 de octubre de 2018 se acuerda nuevo señalamiento de votación y fallo para el día 14 de noviembre de 2018 y se concede un plazo de 10 días a las partes para que formulen alegaciones en relación con la sentencia 464/2018, de 19 de julio (rec. núm. 2295/2014 ).
- Las respectivas representaciones procesales de Vicente y Herederos de Paulino ; de la entidad Comercial Vascongada Recalde S.A.; y de Rodrigo , han presentado sus respectivos escritos de alegaciones, cumpliendo con el trámite acordado en la providencia de 8 de octubre de 2018.
10. La representación procesal de Vicente y Herederos de Paulino , presentó escrito de recusación del Excmo. Sr. Magistrado **Ignacio Sancho Gargallo**.
11. Como consecuencia de la recusación formulada, se acuerda por providencia de 30 de octubre de 2014 la suspensión del señalamiento fijado para el día 14 de noviembre de 2018.
12. La recusación planteada se resuelve mediante auto de esta sala de fecha 5 de marzo de 2019 , cuya parte dispositiva es como sigue:
- "1.º- Desestimar las causas de recusación del magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, formuladas por la representación procesal de don Vicente .
- "2.º- Devolver al magistrado recusado el conocimiento del recurso en el estado en que se halle.
- "3.º- Imponer las costas del incidente de recusación a la parte recusante".
13. Por providencia de fecha 4 de abril de 2019 se señala nuevamente para votación y fallo del presente asunto el día 16 de mayo de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. *Antecedentes del caso*

1. Comercial Vascongada Recalde, S.A.U. (en adelante, Comercial Recalde) es una sociedad por acciones al portador, fundada en 1956 por Florian , quien hasta el momento de su muerte tenía la totalidad de sus acciones.

2. Florian falleció el día 8 de marzo de 2009, soltero y sin descendencia. Había otorgado testamento el 3 de abril de 2006.

En el testamento, además de constituir otros **legados**, en la cláusula segunda dejaba para su hermano Paulino y su sobrino Vicente , por iguales partes, sus acciones de la compañía Comercial Recalde.

En la cláusula cuarta del testamento se dispone que respecto del remanente de todos sus bienes, una vez satisfechos los **legados** previstos, se instituye herederos universales a Jesús de la mitad de su herencia y al Convento de Madres Clarisas de Lerma (Burgos), la otra mitad.

En la cláusula sexta se nombraba albacea contador-partidor, con facultades muy amplias, que incluían la de entregar los **legados**.

3. En el momento de otorgarse el testamento, el capital social de Comercial Recalde era de 60.101,21 euros, dividido en 2.000 acciones de 30,050605 euros cada una de ellas.

4. Con posterioridad al otorgamiento del testamento, Florian fue incapacitado por sentencia de 21 de septiembre de 2007 . Se nombró tutor a su sobrino Martin , quien más adelante devendría en legatario con la muerte de su padre Paulino .

El tutor, ejercitando los derechos políticos de las acciones que el tutelado tenía en la sociedad Comercial Recalde, celebró dos juntas de accionistas: en la primera, de 14 de noviembre de 2007, cesó a Florian como administrador y se nombró a sí mismo (el tutor) administrador; en la segunda, celebrada el 28 de diciembre de 2007, aprobó un ampliación de capital social por importe de 37.525.813 euros, con emisión de nuevas acciones al portador (numeradas del 2.001 al 1.250.754), que fueron íntegramente suscritas por el socio único. Con ello se incorporaba al **legado** el resto del patrimonio del incapacitado y, de facto, se dejaba sin contenido la institución de heredero. Consta que el tutor recabó autorización judicial para la reestructuración del patrimonio de su tío incapacitado, mediante la disolución y liquidación de otra sociedad de la que tenía el 100% de las acciones, Inversiones Inmobiliarias e Inversiones Dato, S.A., y la reseñada operación de ampliación de capital social de Comercial Recalde y aportación a esta sociedad del resto de los bienes y derechos de Florian .

5. Fallecido Florian el 8 de marzo de 2009, sus herederos celebraron una junta de accionistas el 30 de marzo de 2009, en la que, por una parte, cesaron a Martin como administrador de la sociedad y nombraron para el cargo a Rodrigo , y, por otra, acordaron la reducción del capital social en la misma suma que había sido ampliado en la junta de 28 de diciembre de 2007.

Por su parte, los legatarios celebraron juntas generales universales los días 22 de mayo y 10 de julio de 2009.

**SEGUNDO. Reclamaciones objeto del presente proceso: impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de accionistas de 30 de marzo de 2009 .**

1. Los legatarios de las acciones de Comercial Recalde ( Vicente e Paulino ) ejercitaron una acción de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de accionistas de 30 de marzo de 2009, en la que pedían su nulidad. La demanda iba dirigida contra la sociedad Comercial Vascongada Recalde y contra el administrador Rodrigo . La impugnación se fundaba en la existencia de graves defectos de constitución de la junta, porque no fueron convocados los legatarios, ni tomaron parte en ella. Razón por la cual la junta universal no se constituyó válidamente, pues, conforme a los arts. 882 y ss. CC , eran los legatarios quienes tenían la consideración de socios, en cuanto que habían adquirido la propiedad de la cosa objeto del **legado** desde el fallecimiento del testador.

Por su parte, Comercial Recalde, además de contestar a la demanda, formuló reconvencción en la que impugnaba las juntas generales universales de los días 22 de mayo y 10 de julio de 2009.

2. El juzgado mercantil admitió la legitimación de Comercial Recalde para formular la reconvencción, en la medida en que entendió que:

"no se dirige a imputar sus propios actos adoptados por el órgano legítimo, sino a impugnar la validez jurídica de una reunión y de sus acuerdos adoptados por quienes afirman ser titulares del accionariado de la demandada; impugnación para la cual ostenta legitimación la parte demandada frente a quienes se atribuyen ante terceros aquella cualidad".





La sentencia dictada en primera instancia centró la cuestión de fondo en si las personas que acudieron a las juntas objeto de impugnación ostentaban o no la cualidad de socios y, en su virtud, si tenían la capacidad jurídica prevista en los arts. 91 y concordantes LSC , y en concreto para reunirse válidamente en junta general y adoptar acuerdos válidos.

Aplica la jurisprudencia contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1992 que, interpretando los arts. 882 y 885 CC , entiende que los bienes que componen un **legado** de cosa específica y determinada, propia del testador, no entran a formar parte del caudal hereditario sobre el que han de versar las operaciones particionales. El juzgado razona que los legatarios habían adquirido la titularidad del 100% de las acciones, por partes iguales, desde el mismo momento del fallecimiento del causante y sin solución de continuidad. Por ello, la junta universal celebrada el día 30 de marzo de 2009 era nula, pues no estaban presentes los legatarios que habían adquirido las acciones, tras el fallecimiento del causante, y, por el contrario, fueron válidas las juntas de 22 de mayo y 10 de julio de 2009, a las que sí asistieron, impugnadas en la reconvencción.

En consecuencia, en primera instancia se estimó la demanda y se desestimó la reconvencción.

**3.** La sentencia de apelación estima el recurso del demandado Rodrigo , al apreciar que carecía de legitimación pasiva respecto de la acción de impugnación de acuerdos ejercitada con la demanda, pues la legitimación pasiva en estos casos corresponde en exclusiva a la sociedad.

También advierte la falta de legitimación activa de la demandada Comercial Recalde para formular la reconvencción, en la que impugna acuerdos sociales adoptados en dos juntas de la propia entidad demandada.

Respecto del fondo del asunto, analiza a quién correspondía ejercitar los derechos derivados de la condición de socio con posterioridad al fallecimiento del causante. Para ello, parte de la consideración de que las vicisitudes de la sociedad acaecidas con anterioridad resultaban irrelevantes. En relación con el contenido del **legado**, entiende que se trataba de un **legado** de cosa específica y determinada, propiedad del testador, las acciones de Comercial Recalde de las que era titular el causante. Y aplica la doctrina contenida en la citada sentencia de esta sala de 25 de mayo de 1992 , según la cual los bienes objeto del **legado**, en este caso las acciones de la sociedad Comercial Recalde, no forman parte del caudal hereditario sobre el que han de versar las operaciones de partición. Por ello, conforme al art. 48 de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA), aplicable al caso por el momento de la celebración de la junta cuyos acuerdos son objeto de impugnación, la condición de socio y los derechos reconocidos en la Ley y en los Estatutos al titular legítimo de las acciones, entre los que se encuentran el derecho a asistir a las juntas de accionistas y votar los acuerdos propuestos, correspondía a los legatarios. En consecuencia, la Audiencia confirma que los acuerdos adoptados en la junta de 30 de marzo de 2009 eran nulos.

**4.** La sentencia de la Audiencia ha sido recurrida tanto por la representación de Comercial Recalde, en relación con el pronunciamiento que declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta de 30 de marzo de 2009, como por los legatarios demandantes ( Vicente y herederos de Paulino ), en relación con la apreciación de la excepción de falta de legitimación pasiva de Rodrigo .

**TERCERO. Reclamaciones ventiladas en otros procesos vinculados al presente .**

**1.** Tras el fallecimiento de Florian y la apertura de la sucesión, además del presente pleito, se desencadenaron otros procesos judiciales cuyas resoluciones judiciales han ido siendo aportadas al presente proceso, en atención a su estrecha vinculación, de la que daremos cuenta a la hora de resolver los motivos de casación. En este momento dejaremos constancia de lo acaecido en otros dos procedimientos, de acuerdo con la documentación que se ha ido uniendo a los autos.

**2.** En un procedimiento del que conoció el Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Madrid (juicio ordinario 1085/2010), Martin , en nombre y representación de su hija Bernarda reclamaba la entrega del **legado** económico de 30.000 euros establecido en la cláusula segunda del testamento de Florian .

Los herederos de Florian y el albacea contador partidario, además de oponer que, como consecuencia del vaciamiento de la herencia llevada a cabo por el tutor ( Martin ), al aportar toda la herencia a la sociedad Comercial Recalde, sobre cuyas acciones al portador había constituido un **legado** a favor de Vicente e Paulino (hermano y padre del tutor), no había en ese momento bienes suficientes en la herencia para poder abonar los **legados** económicos, hicieron valer la "cautela socini"(en un sentido amplio de prohibición de intervención judicial en la herencia) que el testador había incluido en la cláusula quinta de su testamento. Esta cláusula prohíbe la intervención en su herencia y si alguno incumple esta prohibición, "quedará privado de cualquier derecho que el testador le haya **legado**, acrecentando parte al caudal hereditario citado como remanente". Los herederos demandados y el albacea adujeron que la legataria demandante había incurrido en esta situación y



por lo tanto su **legado** había devenido ineficaz, ya que había interpuesto una demanda judicial para la remoción del albacea, que había sido desestimada en primera y segunda instancia.

El juzgado de primera instancia que conoció de esta demanda de reclamación del **legado** estimó la demanda, tras considerar que la cláusula que contenía la "cautela socini" era inoperante cuando, como ocurría en aquel caso, la intervención judicial se había pedido para que se cumpliera la voluntad del testador. La sentencia dictada en segunda Instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la decisión del juez de primera instancia.

Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia, esta Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la sentencia 254/2014, de 3 de septiembre, que estimó el recurso de casación. Esta sentencia, después de recordar la jurisprudencia sobre la "cautela socini", entendió que debía "valorarse injustificado el recurso a la intervención judicial, con la consiguiente contravención de lo dispuesto por el testador en aras a forzar injustificadamente la remoción del albacea contador partidor y, con ella, alterar la ejecución testamentaria ordenada y querida por el mismo -se entiende que el testador-". Por ello declaró "ajustada a Derecho la ejecución testamentaria del albacea contador partidor en orden a la ineficacia del meritado **legado** y la consecuente absolución de los demandados respecto del pedimento solicitado".

3. En otro pleito distinto, Vicente y los herederos de Paulino interpusieron una demanda, frente a los herederos de Florian y su albacea, para reclamar la posesión del **legado** consistente en las acciones de la sociedad Comercial Recalde, en concreto 1.248.754 acciones ordinarias al portador de 30.050605 euros de valor nominal cada una de ellas, que coincidía en la situación de la sociedad al tiempo del fallecimiento del causante. Los legatarios demandantes ampliaron la demanda y reclamaron los **legados** económicos que también se recogían en la cláusula segunda del testamento, en particular, 900.000 euros a favor de Vicente y 300.000 euros a favor de Paulino.

La demanda y su ampliación fueron íntegramente desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 que conocía de ellas (juicio ordinario 2032/2009), por sentencia de 30 de noviembre de 2012, al entender que los legatarios que reclamaban la posesión de las acciones de Comercial Recalde habían manipulado la voluntad del testador, mediante una modificación sustancial de su **legado**.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10.<sup>a</sup>), mediante sentencia de 24 de abril de 2014, estimó en parte el recurso de los demandantes. Confirmó la desestimación de la petición de entrega de la posesión del **legado** consistente en las acciones de la sociedad Comercial Recalde. Pero estimó el recurso de apelación en relación con la reclamación de entrega del **legado** dinerario y acordó su entrega. En lo que ahora interesa, que es la entrega de la posesión de las acciones de Comercial Vascongada Recalde, la Audiencia ratificó el criterio del juzgado de primera instancia, según el cual no procedía acceder a lo solicitado, porque el **legado** que se pedía era sustancialmente diferente al dispuesto por el testador, merced a la tergiversación total de la voluntad del testador, que fraudulentamente llevó a cabo el tutor (hermano e hijo de los legatarios), mediante el aumento del capital social inicial de 60.101,21 euros a la ingente suma de 37.525.813 euros y la aportación de la mayoría de los bienes y derechos del patrimonio del incapaz, lo que supuso el vaciamiento de la herencia.

Esta sentencia de la Audiencia Provincial fue aportada al rollo del presente recurso de casación antes de que se celebrara la votación y fallo del recurso. En atención al contenido de aquella sentencia, que podía incidir como cuestión prejudicial en la resolución de este recurso de casación, como no era firme, pues quedaba constancia en la secretaría del Tribunal Supremo que había sido recurrida en casación e infracción procesal, tras la deliberación se acordó la suspensión del presente recurso hasta que la sentencia que resolvía el otro asunto fuera firme.

Esta sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida en casación por ambas partes. La sala, en sentencia 464/2018, de 19 de julio, casó la sentencia de apelación y confirmó la de primera instancia, como consecuencia de la apreciación de la "cautela socini":

"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".

**CUARTO. Recurso extraordinario por infracción procesal formulado por los legatarios demandantes**

**1. Formulación del único motivo** . El motivo se ampara en los ordinales 2º, 3º y 4º del art. 469.1 LEC , y se justifica, según su encabezamiento, "por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia e infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, causando indefensión a esta parte, y vulneración del art. 24.1 de la Constitución ".

En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida infringe por inaplicación los arts. 218 y 456 LEC , porque resuelve sobre la falta de legitimación pasiva de Rodrigo , cuando era un elemento nuevo introducido en la fase de apelación, respecto del que no existió contradicción en primera instancia.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal** . Procede desestimar el motivo porque, si la falta de legitimación pasiva puede apreciarse de oficio, conforme a la doctrina de esta sala, con mayor motivo puede apreciarse por el tribunal de apelación cuando es aducida por el apelante.

En la sentencia 214/2013, de 2 de abril , que invoca las anteriores sentencias 260/2012, de 30 de abril , y 779/2012, de 9 de diciembre , interpretamos el art. 10 LEC , que, bajo el epígrafe "condición de parte procesal legítima", establece en su párrafo primero que "serán consideradas partes legítimas las que comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso", en el sentido de que "la legitimación, considerada de este modo, constituye un presupuesto procesal, susceptible de examen previo al del conocimiento del fondo del asunto, que los tribunales pueden apreciar de oficio".

La parte apelada ha podido oponerse a la excepción, sin que en este caso la valoración de la legitimación pasiva precisara de la acreditación de algún hecho controvertido que pudiera haber necesitado la práctica de prueba.

En la demanda se ejercitaba una acción de impugnación de acuerdos sociales adoptados en la junta de 30 de marzo de 2009, y se dirigía frente a la sociedad y el administrador designado en uno de los acuerdos impugnados. No se discute la condición del demandado, razón por la cual la apreciación por la Audiencia de la falta de legitimación pasiva del administrador de la sociedad, respecto de la demanda de impugnación de acuerdos sociales, no ocasiona ninguna indefensión a la demandante, quien ha podido argumentar en contra.

**QUINTO. Recurso de casación de los legatarios demandantes**

**1. Formulación del único motivo de casación** . El motivo se funda en la infracción por aplicación indebida del art. 117 LSA , en relación con el art. 10 LEC , y la jurisprudencia que los interpreta.

En el desarrollo del motivo se argumenta que una cosa es que de forma imperativa la sociedad deba ser demandada en una acción de impugnación de acuerdos sociales, y otra que se excluya la intervención de otros posibles demandados. El art. 117.3 LSA , según su entender, no contiene una limitación o exclusión de los legitimados para defender los acuerdos impugnados, sino que exige que en todo caso sea demandada la sociedad.

Procede desestimar el motivo, por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del único motivo de casación** . En la sentencia 791/2011, de 11 de noviembre , ya aclaramos que, tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, la clásica dualidad del concepto de legitimación, *ad causam* y *ad processum* , había desaparecido, en cuanto que la norma ahora distingue entre capacidad procesal y legitimación, y refiere esta última solo a la tradicionalmente denominada legitimación *ad causam* ( art. 10 LEC ):

"La legitimación pasiva *ad causam* [para el pleito] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas ( SSTS 28 de febrero de 2002, RC n.º 3109/1996 , 20 de febrero de 2006, RC. n.º 2348 / 1999 y 21 de octubre de 2009 ). En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen ( STS 7 de noviembre de 2005, RC n.º 1439/1999 ), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente".





El art. 117.3 LSA, al igual que el actual art. 206.3 Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), prescribe que las acciones de impugnación de acuerdos adoptados por la junta general deberán dirigirse contra la sociedad. Con ello se restringe la legitimación pasiva a la compañía, en cuanto directamente interesada en la validez de los acuerdos adoptados por uno de sus órganos sociales. Consiguientemente, cualquier otra persona, en principio, carece de legitimación pasiva, sin perjuicio de que por vía de intervención un socio que hubiera votado a favor del acuerdo impugnado pueda voluntariamente coadyuvar como demandado con la sociedad. Pero esta última posibilidad no justifica que, si no lo ha hecho, deba soportar la legitimación pasiva.

**SEXTO. Recurso extraordinario por infracción procesal de Comercial Vascongada Recalde**

**1. Formulación del único motivo .** El motivo se ampara en el ordinal 1º del art. 469.1 LEC , y se basa en la infracción del art. 86 ter. 2 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), en cuanto a la competencia de la jurisdicción mercantil y el art. 10.1 de la citada Ley Orgánica.

En el desarrollo del motivo se argumenta que la demanda no cuestiona el contenido del acuerdo de la junta general impugnado, ni invoca norma alguna de derecho regulador de las sociedades mercantiles, ni tampoco contiene pretensión alguna de derecho mercantil, razón por la cual el juzgado mercantil que conoció de la demanda carecía de competencia objetiva. La cuestión controvertida es de derecho sucesorio, pues el fundamento de la pretensión ejercitada radica en la aplicación del art. 882 CC , al considerar que por tratarse de un **legado** de cosa específica y determinada, la propiedad se atribuye a los legatarios desde la muerte del testador, aunque no se haya producido la entrega del mismo. De este modo, la competencia objetiva les correspondería a los juzgados de primera instancia.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo .** El art. 86.ter.2.a) LOPJ regula la competencia de los juzgados de lo mercantil y, en lo que ahora interesa, dispone lo siguiente:

"Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

"a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas".

La sentencia recurrida entiende que la acción ejercitada en la demanda se promueve al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles. Es una acción de impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general universal de una sociedad anónima, y se basa en que no constaba la convocatoria de la junta y no podía entenderse que se hubiera constituido como junta universal porque no estaban presentes todos los socios. La acción se basa en la infracción del art. 99 LSA que regula cuándo puede entenderse correctamente convocada y celebrada una junta universal de socios, sin perjuicio de que para juzgar sobre este extremo hubiera que dilucidar si, con la muerte del causante y antes de la entrega del **legado** de las acciones de la compañía a los legatarios, los herederos tenían facultad para asistir y votar en una junta universal.

Cuando se ejercita una acción de impugnación de un acuerdo de una sociedad mercantil, al margen de si el motivo guarda relación con la justificación de un derecho controvertido de naturaleza sucesoria, se interpone al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, y por ello la competencia objetiva para conocer de ella les corresponde a los juzgados de lo mercantil.

**SÉPTIMO. Recurso de casación de Comercial Vascongada Recalde**

**1. Formulación de los dos motivos de casación .** El *motivo primero* se funda en la infracción, por inaplicación, del art. 885 CC , en relación con los arts. 657 , 661 y 440 CC y del art. 545 Código de Comercio (en adelante, CCom), así como de la jurisprudencia contenida en la sentencia de esta sala de 21 de abril de 2003 , que a su vez se refiere a las sentencias de 3 de junio de 1947 , 29 de mayo de 1963 y 25 de mayo de 1992 .

En el desarrollo del recurso se argumenta que, conforme al art. 885 CC , para que el **legado** adquiera eficacia es imprescindible su entrega por los herederos o por el albacea, cualquiera que sea la naturaleza del **legado**, genérico o específico. Y transcribe la sentencia de esta sala de 21 de abril de 2003 , según la cual:

"el legatario tiene derecho a la cosa legada desde la muerte del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. (...) la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del **legado**, al mismo tiempo que una circunstancia 'sine qua non' para el legatario que quiere disfrutar por sí mismo de la cosa legada con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos previstos en el art. 882".



Conforme a lo anterior, el recurrente argumenta que los legatarios en ningún caso pueden constituir la junta general de Comercial Recalde, puesto que dicho **legado** aún no se les ha entregado por el albacea y los herederos; y son estos los únicos legitimados para celebrar dichas juntas, en tanto en cuanto se han subrogado en todas las relaciones jurídicas de las que era titular el causante.

Y razona que, por aplicación de los arts. 657, 661 y 440 CC, la posesión de las acciones de la sociedad legada, por el sólo hecho de la muerte del causante, pasó a los herederos, y sólo cuando estos o el albacea, si procede que sea este, entreguen el **legado** se producirá la entrega de los títulos que acreditan la condición de socio de los legatarios. Máxime si tenemos en cuenta que las acciones eran al portador, y el único que puede ejercitar los derechos inherentes a la cualidad de socios es quien tiene la posesión del título. En este sentido, el art. 545 CCom prescribe que "los títulos al portador serán transmisibles por la tradición del documento".

El *motivo segundo* se basa en la infracción, por aplicación indebida de los arts. 882 y 983 CC, al considerar equivocadamente que el **legado** de las acciones de la sociedad es un **legado** específico, al que debe aplicarse el art. 882 CC y, en consecuencia, su propiedad se adquiere desde el momento de la muerte del testador y, por lo tanto, los legatarios ostentan la cualidad de socios de Comercial Recalde.

En el desarrollo del motivo, el recurrente argumenta que este planteamiento tiene errores conceptuales: el **legado** de la sociedad no es un **legado** de cosa específica en cuanto que necesita antes de ser entregado una previa especificación o individualización, ya que se hace a dos legatarios "por partes iguales"; sólo si del texto del testamento resulta una fijación numérica o de otra naturaleza que haga al instituido dueño específico de los bienes, la institución es específica, y el precepto concreto del Código excluiría el derecho a acrecer, conforme al art. 892.1 CC.

Procede estimar el recurso de casación por las razones que exponemos a continuación.

**2. Jurisprudencia sobre el efecto directo del legado de cosa cierta.** Con carácter general, nuestro Código Civil, en línea con nuestra tradición jurídica contenida en las Partidas (" *luego que el testador es muerto pasa el señorío de la cosa mandada a aquel a quien es fecha la manda* " -6, 19, 34-), en su art. 882.1 regula los siguiente:

"Cuando el **legado** es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte".

De este modo, la titularidad sobre la cosa o derecho **legados**, siempre que sean algo específico y determinado, pasa *recta via* del causante al legatario, esto es, como recuerda la doctrina, hay sucesión (particular) de causante, por el legatario, sin mediación del heredero. En realidad, lo esencial es que la eficacia directa del **legado** se produce en relación a cualquier cosa o derecho inequívocamente identificados en el patrimonio del testador.

Por su parte, el art. 885 CC reserva al heredero la posesión del bien o derecho objeto del **legado**:

"El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado a darla".

Y es que, por virtud del art. 440 CC, en tanto en cuanto la tuviera el causante, la posesión, en principio, corresponde al heredero, sin que el legatario pueda obtenerla por su propia autoridad, sino en virtud de una acción personal ex testamento que puede interponer frente al heredero o quien represente la herencia.

Esta ha sido la jurisprudencia de esta sala, reseñada en la sentencia 397/2003, de 21 de abril:

"como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el art. 882 del código civil cuando el **legado** es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla ( art. 885 CC ) lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los arts. 392 y ss. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del **legado**, al mismo tiempo que una circunstancia "sine qua non" para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el art. 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963 que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del **legado**".



Por esta razón, los legatarios demandantes, a quienes el testamento de Florian les legaba las acciones de la sociedad Comercial Recalde, interpusieron aquella otra demanda por la que reclamaban de los herederos la entrega del **legado** (juicio ordinario 2032/2009, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Madrid). Con el resultado que hemos expuesto en el apartado 3 del fundamento jurídico tercero, al que luego nos referiremos.

**3. Estimación del recurso.** El presente caso no deja de ser un supuesto muy singular, pues como acabamos de recordar, en otro procedimiento paralelo se ejercitó, frente a los herederos y al albacea, la acción de reclamación de la posesión del **legado**, entendido como la totalidad de las acciones de Comercial Recalde al tiempo en que falleció Florian. Tanto el juzgado de primera instancia como la audiencia, declararon la improcedencia de esta reclamación porque entendieron que el tutor, antes del fallecimiento del causante, había tergiversado con fraude la voluntad del testador, al vaciar la herencia para incorporar la mayoría de los bienes y derechos a la sociedad (37 millones de euros), cuyas acciones al portador había dejado el causante a los dos legatarios demandantes (hermano y padre del tutor), de tal forma que el **legado** que se solicitaba no coincidía con el que dispuso el testador en su testamento. Luego, esta misma sala del Tribunal Supremo consideró aplicable al caso la "cautela socini" (en un sentido amplio de prohibición de intervención judicial en la herencia) y la privación a los legatarios demandantes del derecho al **legado** sobre las acciones de Comercial Recalde.

Además de que, para que exista un **legado** de cosa específica sobre el que proyectar la doctrina jurisprudencial antes expuesta, es indispensable la presencia de un "objeto cierto", es decir, plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna, sobre el que pueda reclamarse su posesión por el legatario, y aquí se cuestionaba el alcance del **legado** (si el objeto del **legado** necesitaba de las operaciones necesarias para volver a ceñirlo al que realmente fue dispuesto por el testador, interpretando con ello la voluntad testamentaria de este último), finalmente por sentencia firme los legatarios demandantes se han visto privados del **legado** de las acciones de la sociedad y este ha dejado de existir. Lo cual provoca un efecto prejudicial respecto de lo se cuestiona en el presente recurso de casación.

**4.** El art. 222.4 LEC regula el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, al decir que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. La sentencia 789/2013, de 30 de diciembre, establece que el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria, desde el momento en que se admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquellos contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo.

El efecto positivo o prejudicial de la sentencia firme anterior condiciona la resolución de las posteriores, tratando de evitar que dos relaciones jurídicas se resuelvan de forma contradictoria ya que para el derecho no es posible que una determinada cuestión sea y no sea al tiempo.

Bajo el efecto prejudicial que tiene lo resuelto en el pleito anterior, en concreto, el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo que genera la sentencia 464/2018, de 19 de julio, que priva a los legatarios demandantes de su derecho al **legado** en aplicación de la "cautela socini" dispuesta por el testador en su testamento, ya no estamos ante un supuesto de **legado** sobre cosa específica y determinada. Consiguientemente, los herederos y el albacea, al suceder al causante tras su fallecimiento, estaban facultados para hacer uso de los derechos políticos que conferían las acciones al portador de Comercial Recalde y adoptar en una junta universal los acuerdos objeto de impugnación en el presente procedimiento.

#### **OCTAVO. Costas**

**1.** Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por Vicente y herederos de Paulino, procede imponer a los recurrentes las costas generadas con sus recursos (art. 398.1 LEC).

**2.** Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Comercial Vascongada Recalde, S.A., procede imponer a la parte recurrente las costas generadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

**3.** Estimado el recurso de casación interpuesto por Comercial Vascongada Recalde, S.A., no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

**4.** La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación, a su vez, del recurso de apelación interpuesto por Comercial Vascongada Recalde, S.A. contra la sentencia de primera instancia, lo que justifica que tampoco hagamos expresa condena en costas respecto de las generadas con aquel recurso de apelación (art. 398.2 LEC).



5. Pero la estimación del recurso de apelación Comercial Vascongada Recalde, S.A., conlleva la desestimación íntegra de la demanda formulada por los legatarios demandantes ( Vicente y herederos de Paulino ), a quienes procede imponerles las costas generadas en primera instancia ( art. 394 LEC ).

## FALLO

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

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Vicente y los herederos de Paulino contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección núm. 28.ª) de 24 de septiembre de 2012 (rollo núm. 552/2011 ), que conoció de la apelación formulada contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 6 de Madrid de 26 de abril de 2011 (juicio ordinario núm. 393/2009), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

2.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Vicente y los herederos de Paulino contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección núm. 28.ª) de 24 de septiembre de 2012 (rollo núm. 552/2011 ), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

3.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Comercial Vascongada Recalde, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección núm. 28.ª) de 24 de septiembre de 2012 (rollo núm. 552/2011 ), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

4.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Comercial Vascongada Recalde, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección núm. 28.ª) de 24 de septiembre de 2012 (rollo núm. 552/2011 ), que casamos y dejamos sin efecto.

5.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Comercial Vascongada Recalde, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 6 de Madrid de 26 de abril de 2011 (juicio ordinario núm. 393/2009), en el sentido de desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Vicente e Paulino contra Comercial Vascongada Recalde, S.A. y Rodrigo , con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandante.

6.º No hacer expresa condena de las costas ocasionadas con los recursos de apelación y de casación de Comercial Vascongada Recalde, S.A., con devolución del depósito constituido para recurrir en 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.