

Roj: STS 3743/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3743
Id Cendoj: 28079110012014100439
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1085/2012
Nº de Resolución: 254/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 730/2011 por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1085/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 37 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña María Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de don Calixto y del Instituto religioso "Iesu Communio", compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María Isabel Torres Ruiz en calidad de recurrente y el procurador don Javier Huidobro Sánchez-Toscano en nombre y representación de don Darío en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Blanca Gómez González, en nombre y representación de don Darío en representación de su hija menor doña Marta, interpuso demanda de juicio ordinario, contra los herederos Monjas Clarisas de Lerma y don Calixto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "...se dicte sentencia por la que se acuerde: - La entrega del legado económico establecido en el testamento de don Juan, cláusula segunda, por importe de 30.000 euros a favor de doña Marta .

-Condena en costas a la parte demandada".

2.- La procuradora doña Teresa Alonso Asenjo, en nombre y representación de don Calixto y el Convento de Monjas Clarisas de Lerma, contestó a la demanda planteando declinatoria por falta de competencia territorial del Juzgado de Lerma a favor del Juzgado de Primera Instancia de Madrid que por turno corresponda, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Auto aceptando la declinatoria interpuesta absteniéndose el Juzgado de conocer del presente litigio y declinando la competencia territorial a favor del Juzgado de Primera Instancia de Madrid que por turno corresponda".

La procuradora doña Blanca Gómez González, presentó escrito de "alegaciones de oposición a la declinatoria por falta de competencia territorial de la presente demanda y en virtud de lo expuesto en el mismo, acuerde mantener la competencia de este Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lerma, continuando con el procedimiento, con expresa imposición de costas a la parte que ha solicitado la declinatoria".

Por auto de fecha 22 de abril de 2010, en la parte dispositiva acordó estimar la declinatoria y la inhibición al Juzgado de Primera Instancia de Madrid que corresponda, no haciendo expresa condena en costas.

Doña María Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de don Calixto y de las Reverendas de la Orden de Santa Clara del Monasterio de la Ascensión del Señor de Lerma, se personó en las diligencias, contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando: "... se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de las costas a la actora".

El procurador don Javier Huidobro Sánchez-Toscano, en nombre y representación de don Darío .

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 37 de Madrid, dictó sentencia con fecha 23 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "... Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Da Marta, en cuyo nombre ejercita la acción D. Darío, contra D. Calixto y contra el CONVENTO DE MADRES CLARISAS DE LERMA (BURGOS):

1º Condono a ambos demandados a la entrega del legado económico establecido en el testamento de don Juan por importe de 30.000 euros, a favor de Da Marta, del que responden D. Calixto y el CONVENTO DE MADRES CLARISAS DE LERMA (BURGOS) al 50% frente a la actora.

2º Con el interés del art. 576 LEC desde la fecha de esta resolución.

3º Con imposición de las costas de esta instancia a la parte demandada, de las que responden al 50% frente a la actora".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Calixto y Convento de Madres Clarisas de Lerma (Burgos), la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 29 de febrero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**: "... Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Lozano Moreno en nombre y representación D. Calixto Y El Convento De Madres Clarisas De Lerma (Burgos), Hoy Instituto Religioso De D. Pontificio IESU Comunidad, contra la sentencia dictada en fecha 23 de junio de 2011 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la expresada resolución, todo ello con imposición de las costas de esta alzada a las partes apelantes".

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de don Calixto y del Instituto religioso "Iesu Communio" con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Infracción del artículo 12.2 LEC .

Segundo.- Infracción del artículo 675 párrafo 2º del CC .

Tercero.- Infracción de doctrina jurisprudencial de esta Sala.

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de enero de 2013 se acordó admitir los motivos 2º y 3º e inadmitir el motivo 1º del recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Javier Huidobro Sánchez-Toscano, en nombre y representación de don Darío en nombre y representación de su hija menor doña Marta, presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de mayo del 2014, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado la sentencia en el plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente y la complejidad del asunto.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. El presente caso plantea, como principales cuestiones, la aplicación testamentaria de la denominada "cautela socini" en relación a un legado de cantidad y, por extensión, las facultades que asisten al albacea contador partidor al respecto.

2. A los efectos que aquí interesan debe señalarse que don Juan, sin descendientes, falleció habiendo otorgado testamento abierto el 3 de abril de 2006, con ordenación de diversos legados e institución y nombramiento de herederos universales de todos sus bienes, por mitad, a don Calixto y al Convento de Madres Clarisas de Lerma.

Las cláusulas quinta y sexta del testamento contemplan la configuración de la cautela socini y el nombramiento de albacea contador partidor en los siguientes términos: " **QUINTA** .- Prohíbe la intervención judicial en su herencia y si alguno la reclamara, quedara, 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 mas amplias facultades,

incluso la de entregar legados, a cuyo fin podrá enajenar bienes, y prorrogándole el plazo por un año más, a don Abelardo , con Documento Nacional de Identidad número NUM000 ".

3. El procedimiento se inicia por demanda de juicio ordinario interpuesta por D. Darío en nombre de su hija, Dña. Marta , en reclamación de la entrega del legado económico de 30.000 euros establecido en la cláusula segunda del testamento de D. Juan , quien falleció sin dejar descendencia, estableciendo una serie de legados y declarando herederos del remanente al Convento de madres Clarisas de Lerma (Burgos) y D. Calixto , que figuran como demandados. El testador designó en el testamento albacea contador partididor para el cumplimiento de su voluntad a D. Abelardo . Se alega en la demanda que el albacea junto con los herederos han realizado ciertas maniobras con el fin de obstaculizar los legados, comunicando a la demandante que su legado ha devenido ineficaz ante el ejercicio de algunas actuaciones judiciales por los legatarios adjudicándose el mismo a los herederos.

En la contestación se niega la existencia de maquinaciones contra los legatarios. Se dice que los bienes de la herencia son insuficientes para hacer frente a los legados, que el albacea ha hecho una adjudicación parcial de la herencia por la insuficiencia de bienes, que los legados de los legatarios que han promovido la intervención judicial de la herencia son ineficaces con base en la cláusula quinta del testamento que prohibía la intervención judicial de la herencia y si alguno la reclamaba quedaría privado de cualquier derecho que el testador le hubiera legado, acrecentando su parte el caudal remanente, siendo el albacea el único intérprete de la voluntad del testador. La demandante interpuso demanda judicial para la remoción del albacea por lo que su legado ha devenido ineficaz, siendo esta decisión tomada por el albacea, en el ejercicio de sus facultades, correcta y comunicada a la demandante vía notarial en enero de 2010.

La sentencia de Primera Instancia estima la demanda al considerar, tras examinar el alcance de la prohibición de intervención judicial en la herencia, que la cláusula es inoperante cuando, como sucede en este caso, la intervención judicial ha sido promovida para que se cumpla la voluntad del testador, habiéndose dirigido la demanda contra el albacea porque, según se alega, no respeta la voluntad del testador. De esta manera, no comparte el criterio expresado por los demandados sobre la ineficacia del legado, cuestionando la validez de la declaración realizada por el albacea en su carta de 25-1-2010 al no hallarse autorizado para crear o extinguir derechos testamentarios o determinar nuevas voluntades del testador mediante la declaración jurídica inatacable de declarar la validez o no de las propias declaraciones testamentarias alterando así la voluntad del testador. Concluye que es plenamente eficaz el legado a favor de la demandante e improcedente y nula la declaración de ineficacia del legado a favor de la demandante recogida en la escritura de 29 de enero de 2010, la cual no surte efecto jurídico alguno.

La sentencia de Segunda Instancia desestima el recurso y confirma la dictada en Primera Instancia. En lo que afecta al recurso de casación interpuesto, declara que se han producido una serie de problemas derivados de la ejecución de la voluntad testamentaria del fallecido D. Juan que han tenido su reflejo en los numerosos procedimientos judiciales habidos en las diferentes jurisdicciones, que dejan clara la disparidad existente en cuanto al cumplimiento de la voluntad del testador. Respecto al alcance de la cuestionada cláusula quinta "se 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" aboga por una interpretación restrictiva de la misma que no coarte el derecho de acceso a la justicia en defensa de cualquier derecho que se tenga, sin perjuicio de declarar la validez de la misma. Estima que la demandante es legataria conforme a una disposición testamentaria y que la impugnación judicial que hace se dirige no contra el testamento, ni contra los herederos o sus bienes, sino contra el albacea en defensa de lo que constituye la voluntad del testador, máxime cuando el albacea declara la ineficacia del legado. Por tanto entiende que la citada cláusula no puede prohibir la reclamación que realiza la demandante frente a quien cree está actuando de manera contraria a su derecho y no cumple correctamente con la misión encomendada. En cuanto a las funciones del albacea, estima que tenía obligación de entregar los legados ordenados en el testamento, en los términos de este, sin que este pueda crear o extinguir derechos testamentarios o determinar nuevas voluntades del testador mediante la declaración jurídica inatacable de declarar la validez o no de las propias declaraciones testamentarias alterando así la voluntad del testador, confirmando así lo dispuesto en primera instancia. De ahí que entre las funciones o facultades del albacea no se encuentre la de declarar la nulidad del legado, careciendo de validez tal declaración.

Recurso de casación.

Legado de cantidad. Cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria. Régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable. Facultades del albacea contador partididor (artículo 902 del Código Civil). Naturaleza de la ineficacia derivada.

SEGUNDO.- 1. Contra la anterior resolución los demandados, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interponen recurso de casación con base a tres motivos, de los que resulta inadmitido el primero de ellos. *En el segundo motivo*, se aduce la infracción del art. 675 párrafo 2.º CC y de la jurisprudencia que lo interpreta. En este motivo alega la parte recurrente que la sentencia recurrida incurre en tal infracción al considerar que la cláusula quinta del testamento que prohíbe la intervención judicial de la herencia se opone al derecho tutela judicial efectiva y contradice la doctrina jurisprudencia! contenida en las SSTS de 8 de junio de 1999 y 15 de febrero de 1911 en relación con las de 1 de junio de 1946, 29 de enero de 1955 y 25 de abril de 1963 que establecen que como la voluntad del causante constituye la regla principal en la sucesión testamentaria, la cuestión relativa a la prohibición de la intervención judicial en los ámbitos de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador partidor, se admite en general, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o anulabilidad o afectase a derechos reconocidos en una norma imperativa puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio. De esta forma se pretende que se declare que la aplicación de la cláusula testamentaria de prohibición de intervención judicial de la herencia, so pena de pérdida de lo legado en el testamento no es una cláusula que de por sí sea contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva, sino que es plenamente válida y eficaz salvo que se oponga a alguna norma de carácter imperativo o impida la acción de nulidad o anulabilidad del testamento.

En el motivo tercero, se invoca la infracción de los artículos 901 y 902.3º CC y la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS de 13 de abril de 1992 y 20 de febrero de 1993 respecto de las facultades del albacea contador partidor, toda vez que la sentencia recurrida insiste en que el albacea carece de facultades para declarar nulas disposiciones testamentarias, como sucede con la institución del legado previsto para la demandante. Alega la parte recurrente que el albaceazgo es un cargo especial testamentario tendente a la ejecución de la voluntad del testador estando facultado para realizar cualquier actividad en ejecución del testamento que considere que da cumplimiento a la voluntad testamentaria del causante y, en el caso que nos ocupa, para aplicar la cláusula sexta del testamento, prohibitiva de la intervención judicial de la herencia con las consecuencias previstas en la misma.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

2. En relación al primer motivo planteado, y dada la complejidad y el carácter controvertido de la cuestión en la propia alegación de la doctrina jurisprudencial al respecto, debe señalarse que esta Sala, sentencia de 10 de junio de 2014 (núm. 838/2013), se ha ocupado recientemente de la caracterización y alcance de la validez testamentaria de la denominada cautela socini, por lo que resulta pertinente reseñar la doctrina jurisprudencial allí expuesta a los efectos de su correcta aplicación al caso ahora enjuiciado, particularmente de lo declarado en los apartados 6 a 11 del Fundamento de Derecho Segundo de la citada sentencia: "... **6.** *En el contexto doctrinal debe señalarse que aunque la figura de la cautela socini goza de un cumplimiento reconocimiento en la práctica testamentaria que desarrolla el contenido dispositivo del testador, de suerte que su previsión no resulta extraña o inusual a la misma, conforme también a la estela mas reciente de las denominadas cautelas de opción compensatoria; no obstante, tampoco puede desconocerse la polémica que en el ámbito de la doctrina científica ha acompañado (prácticamente desde la época de su valedor, el jurista Mario Socino, autor a mediados del XVI de un dictamen a su favor) la aplicación de esta cautela ante su posible ilicitud por comprometer o gravar, indebidamente, la legítima de los herederos.*

Esta polémica tampoco ha sido cerrada o resuelta, con carácter general, por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, enfocada, primordialmente, desde la perspectiva casuística de las características del supuesto en cuestión, y centrada particularmente en torno al alcance del condicionante de la prohibición del recurso a la intervención judicial; con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación; SSTS 6 de mayo de 1953, 12 de diciembre de 1958, 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, entre otras.

7. *Para abordar correctamente la cuestión planteada en el marco de la inter relación señalada, debe partirse de las perspectivas metodológicas que aporta el sistema de legítimas con incidencia en la libertad de testar, esto es, tanto de su función o papel de límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador, como su función de derecho subjetivo del legitimario con extensión a las acciones que en beneficio propio, y a su arbitrio, pueda ejercitar en defensa de su legítima.*

Una vez indicado este punto de partida, el siguiente paso metodológico consiste, precisamente, en diferenciar la proyección de estas perspectivas en atención al plano de análisis que tenemos por referencia. En efecto, en esta línea debe señalarse que la proyección de la función de la legítima, como límite o freno a la

libertad dispositiva y distributiva del testador, queda residenciada o resulta mas adecuada al plano valorativo de la posible validez conceptual de esta cautela en el contenido dispositivo del testamento; mientras que, por su parte, la proyección de la función de la legítima, como derecho subjetivo propiamente dicho, entronca directamente con el marco de ejercicio o actuación del legitimario en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de su derecho: La delimitación de estos planos y funciones resulta necesaria para la interpretación sistemática de la cuestión planteada .

8. *Esta interpretación sistemática se inicia con el plano prioritario de la posible validez conceptual de esta figura en el marco del contenido dispositivo del testamento. En este sentido, y atendida la función de la legítima como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela socini.*

*En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013 , núm. 280/2013) no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya diferida. Desde el plano conceptual señalado no se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela, determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta. Obsérvese, que en el ámbito particional se alcanza la misma conclusión cuando la partición la realice el propio testador (artículo 1056 y 1075 del Código Civil).*

9. *En la línea de argumentación expuesta, y conforme a la relevancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala otorga al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos , no sólo como mero criterio hermeneúutico, sino como auténtico principio general (STS 25 de enero de 2013 , núm. 827/2013), debe señalarse que esta Sala también ha resaltado recientemente su proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones particularmente en la aplicación del principio de "favor testamenti" (conservación de la validez del testamento), SSTS 30 de octubre de 2012 , (núm. 624/2012), 20 de marzo de 2013 (núm. 140/2013) y 28 de junio de 2013 (núm. 423/2013).*

10. *Llegados a este punto, y siguiendo con la interpretación sistemática que venimos realizando, se comprende mejor que el segundo plano de análisis tomado como referencia o perspectiva metodológica, esto es, la aplicación de la legítima como derecho subjetivo del legitimario, particularmente en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, no pueda valorarse desde un contexto dialéctico con el plano conceptual anteriormente expuesto.*

En efecto, desde el desarrollo lógico-jurídico de la figura, se observa que la prohibición impuesta por el testador de recurrir a la intervención judicial, en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimario, que conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la correspondiente opción que da sentido a la cautela socini. No hay, por tanto, contradicción o confusión de planos en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de la cautela dispuesta.

11. *De la delimitación señalada se desprende que la correcta relación que cabe establecer de los planos en liza es la de su complementariedad en el plano formal de la disposición testamentaria de la cautela, particularmente de la configuración o alcance de su elemento condicionante como clave de la sanción impuesta. Extremo que, por lo demás, concilia la posible disparidad de criterios, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que se denuncian en el debate planteado.*

En este sentido, desde la razón de complementariedad señalada, 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".

Aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso enjuiciado.

3. Con carácter previo debe señalarse las siguientes precisiones. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la condición de legataria de la demandante en la sucesión testada que se analiza en el presente caso no constituye, en sí misma considerada, obstáculo alguno para la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta pues la cautela socini, como declaración testamentaria, puede alcanzar a cualquier beneficiario de la herencia, ya sea este heredero o, como el caso que nos ocupa, legatario de la misma. En este sentido la interpretación de la cláusula testamentaria (cuarta del testamento) no ofrece lugar a dudas "al prohibir la intervención judicial en la herencia", esto es, con independencia de que dicha intervención sea operada por los herederos o por los legatarios.

En segundo lugar, sentada esta precisión, y ya en el ámbito de la delimitación de la cuestión jurídica que plantea el presente caso en el motivo formulado, 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).

4. Una vez centrado el contexto interpretativo, y a tenor de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, debe analizarse, como criterio determinante, si en el presente caso el fundamento del contenido impugnatorio que determinó el recurso a la intervención judicial, esto es, la acción de remoción, se dirigió realmente a combatir el ámbito dispositivo ordenado por el testador, incurriendo en la prohibición establecida y en la consecuente extinción del legado, o por el contrario se dirigió a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de la ejecución testamentaria que por ser contrarias a la norma quedaban fuera del alcance sancionador de la cautela socini.

En el presente caso, la demanda de remoción del cargo de albacea, interpuesta tan solo dos meses después del fallecimiento del causante, fue desestimada en ambas Instancias manifestándose una carencia de causa concreta y de prueba en orden a la remoción del albacea por su ejecución testamentaria en relación al legado de cantidad objeto de la presente litis, de forma que en el desarrollo fáctico y jurídico de la demanda no se constata la imputación concreta del albacea respecto ya de conductas dolosas, civiles o penales, o bien, de una actividad inoperante e ineficaz derivada de la negligencia grosera o de omisión o desatención constatada como, en su caso, de una colisión clara y precisa con los propios intereses del albacea, que pudieran afectar al legado en cuestión, tal y como exige la interpretación extensiva que esta Sala realiza del artículo 910 del Código Civil ; por lo que debe valorarse como 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.

5. En relación al segundo motivo planteado, como se ha hecho respecto del primero, cabe señalar, al menos, una precisión conceptual de partida que afecta a la delimitación de la cuestión debatida pues,

contrariamente a lo considerado por la sentencia recurrida, la ejecución testamentaria llevada a cabo por el albacea en el presente caso, esto es, el no proceder al pago o entrega del legado de cantidad, no puede reconducirse conceptualmente a un supuesto declarativo de la nulidad del legado efectuado; entre otras razones, porque su competencia carece de función jurisdiccional alguna y porque, además, dicha actuación resultaría frontalmente opuesta a la función esencial que tiene el albacea que, precisamente, no es otra que dirigir su actuación en orden a proveer la propia ejecución del testamento y, con ella, la defensa y validez del testamento y de sus respectivas cláusulas. De ahí, que en el presente caso la actuación del albacea al respecto debe de ser valorada, necesariamente, en el marco de la ineficacia del legado que trae causa de la propia voluntad declarada por el testador.

6. Centrado el contexto interpretativo, y una vez considerada tanto la validez de la cautela socini dispuesta, como el carácter injustificado de la intervención judicial a raíz de la acción de remoción ejercitada, cabe plantearse si el albacea contador partidario actuó en el presente caso conforme a las facultades de su cargo, bien respecto de las previstas legalmente, o bien con relación a las conferidas testamentariamente. La respuesta en el presente caso debe ser afirmativa en ambos sentidos pues tanto de la disposición testamentaria aplicable (cláusula sexta), en donde se le nombra albacea "con las más amplias facultades, incluso para entregar legados", como de lo dispuesto por el artículo 902 del Código Civil, regla 3ª: "vigilar la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él", se observa que el albacea contador partidario al no proceder al pago o entrega del legado de cantidad lo hizo conforme a lo dispuesto en el testamento ante el incumplimiento de la prohibición ordenada, lícitamente, por el testador (cláusula quinta), de forma que el presente caso se encuadra, técnicamente, en los supuestos de ineficacia derivada de la extinción de un legado, válido ab initio, pero ineficaz por no darse las circunstancias o condiciones prevista a tal efecto.

TERCERO.- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación de los motivos planteados comporta la estimación del recurso de casación interpuesto.

2. De conformidad con el artículo 398.2 LEC no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

3. Por aplicación del artículo 397 en relación con el artículo 394.1 LEC no procede hacer expresa imposición de costas en Primera y en Segunda Instancia, dadas las serias dudas de derecho que presenta el caso enjuiciado.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Calixto y del Instituto religioso "Lesu Communio" contra la sentencia dictada, con fecha 29 de febrero de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, en el rollo de apelación nº 730/2011, que casamos y anulamos en su integridad, con la desestimación de la demanda de acción de petición de legado de cantidad interpuesta por doña Marta, declarando ajustada a Derecho la ejecución testamentaria del albacea contador partidario en orden a la ineficacia del meritado legado y a la consecuente absolución de los demandados respecto del pedimento solicitado.

2. Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que la cautela socini, válidamente configurada por el testador, no se opone ni entra en colisión con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en el artículo 24 CE, de forma que no está sujeta a una interpretación restrictiva más allá del marco legal de su respectiva configuración, STS de 17 de enero de 2014 (núm. 838/2013).

3. Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que el albacea, sin perjuicio de disposición contraria del testador, viene autorizado por las facultades derivadas de su cargo (artículo 902. 2ª y 3ª del Código Civil) para operar la ineficacia del legado de cantidad, y con ella el pago o entrega del mismo, cuando el legatario de forma injustificada o no ajustada a Derecho, vulnere la prohibición impuesta por el testador de provocar la intervención judicial de la herencia.

4. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación interpuesto.

5. Tampoco procede hacer expresa imposición de costas en Primera y Segunda Instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas



Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, **Francisco Javier Orduña Moreno**. Firmado y rubricado. **Xavier O'Callaghan Muñoz** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ