

## **NOTA INFORMATIVA DE LA SALA CIVIL**

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno, ha fijado doctrina en un caso en el que se planteaba, como cuestión de fondo, la aplicación testamentaria de la denominada "*cautela socini*" en relación con la intangibilidad de la legítima, particularmente, en orden a la validez de la misma ante el recurso a la intervención judicial en defensa de la legítima estricta de los legitimarios.

El testamento analizado contenía una cautela de esa naturaleza según la cual el testador prohibía la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaría, aún cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, expresando su deseo de que todas sus operaciones se ejecutasen extrajudicialmente por su comisario contador partidador. El incumplimiento de dichas prohibiciones suponía que el heredero incumplidor quedara automáticamente instituido heredero en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes.

La sentencia, de la que es ponente el magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, comienza admitiendo que la jurisprudencia hasta la fecha no había sido capaz de dar una respuesta clara sobre las dudas que desde siempre ha despertado dicha cautela por su posible ilicitud por comprometer o gravar indebidamente la legítima. Entiende la Sala que se hace necesario deslindar la legítima como límite a la libertad de testar del testador y como derecho subjetivo del legitimario, que le permite accionar y solicitar la intervención judicial para su defensa. Desde el primer plano, la cautela es admisible dentro de la libertad de testar y no constituye un fraude de ley pues permite al legitimario optar entre aceptar la disposición del testador o contravenirla reclamando la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, y en este caso, recibir únicamente su legítima estricta, acreciendo a los demás legitimarios conformes. Desde el segundo, se considera que la prohibición del testador de acudir a la intervención judicial en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidador no afecta directamente al plano material del ejercicio del derecho subjetivo del legitimario, que conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima. No hay confusión de planos. De ahí deduce la Sala que el incumplimiento de la prohibición que incorpora la cautela no se produce con el mero recurso a dicha intervención judicial pues no todo contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria queda comprendido en la prohibición impuesta por la "*cautela socini*", y concluye: *«solo aquellos 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»*.

**Madrid, junio de 2014.**

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**  
**PLENO**

**Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**  
**SENTENCIA**

**Sentencia N°:** 838/2013

**Fecha Sentencia:** 17/01/2014

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**

**Recurso N°:** 731/2011

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimando

**Votación y Fallo:** 17/12/2013

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

**Procedencia:** AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID,  
SECCIÓN 9ª

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

**Escrito por:** RDG

**CAUTELA SOCINI: CARACTERIZACIÓN Y ALCANCE DE SU  
VALIDEZ TESTAMENTARIA.  
PERSPECTIVAS Y PLANOS DE ANÁLISIS DE LA FIGURA.  
INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.  
RÉGIMEN JURÍDICO Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL  
APLICABLE.**

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.:**  
**731/2011**

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

**Votación y Fallo:** 17/12/2013

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Angeles  
Bartolomé Pardo

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**  
**PLENO**

**SENTENCIA N<sup>o</sup>: 838/2013**

**Excmos. Sres.:**

**D. Francisco Marín Castán**  
**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**  
**D. José Antonio Seijas Quintana**  
**D. Antonio Salas Carceller**  
**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**  
**D. Ignacio Sancho Gargallo**  
**D. Francisco Javier Orduña Moreno**  
**D. Rafael Sarazá Jimena**  
**D. Sebastián Sastre Papiol**

---

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Enero de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 482/2009 por la Sección 9<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 1012/2004, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Iciar de la Peña Argacha en nombre y representación de doña Elvira y doña Dolores Banús Ferré, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación compareció la misma procuradora. El procurador don Miguel Ángel Heredero Suero en nombre y representación de doña Pilar Banús Ferré compareciendo en esta alzada el mismo procurador. Doña Gloria María Rincón Mayoral en

nombre y representación de don Antonio Banús Ferré, doña Celia Gutiérrez Fernández y doña Celia, doña Nuria, don Rafael, don Miguel, don Juan, doña Rocío, don Ángel, don Manuel, don Gonzalo y don Jesús María Banús Gutiérrez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.- La procuradora doña Gloria María Rincón Mayoral, en nombre y representación de don Antonio Banús Ferré interpuso demanda de juicio ordinario, contra HEREDEROS DE DON JUAN BANÚS FERRÉ, contra doña CELIA GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, doña CELIA GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, doña CELIA BANÚS GUTIÉRREZ, don JUAN BANÚS GUTIÉRREZ, don GONZALO BANÚS GUTIÉRREZ, doña ROCÍO BANÚS GUTIÉRREZ, DON ÁNGEL BANÚS GUTIÉRREZ, don JESÚS M<sup>a</sup> BANÚS GUTIÉRREZ, don MANUEL BANÚS GUTIÉRREZ, doña NURIA BANÚS GUTIÉRREZ, don RAFAEL BANÚS GUTIÉRREZ y don MIGUEL BANÚS GUTIÉRREZ, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "...y los documentos que lo acompañan, se digne admitirlo teniendo por interpuesta demanda de Juicio Ordinario en nombre y representación de DON ANTONIO BANÚS FERRÉ y de los HEREDEROS DE DON JUAN BANÚS FERRÉ contra DOÑA PILAR BANÚS FERRÉ, DOÑA ELVIRA BANÚS FERRÉ Y DOÑA MARÍA DOLORES BANÚS FERRÉ, dándoseles traslado de la misma, y, en su virtud, y tras los trámites que sean procedentes, dicte Sentencia por la que:

1º.- Se declare que, conforme a la voluntad expresada en el testamento de Don Juan BANÚS MASDEU, las demandadas Doña Pilar, Doña Elvira y Doña María Dolores Banús Ferré -por haber quebrantado las prohibiciones que les había

impuesto el testador- deben quedar instituidas únicamente en la proporción que les corresponde en el tercio de legítima estricta de la herencia de aquél su difunto padre; acreciendo a sus coherederos, los aquí demandantes, la parte de las mismas en los tercios de mejora y de libre disposición, así como los legados de inmuebles ordenados por el testador; condenando a las demandadas a estar y pasar por ello y a restituir a los demandantes el exceso que las mismas hayan percibido.

2º.- Se tenga por resuelta, anulada o rescindida la partición hecha en 1980, condenando a las demandadas a estar y pasar por una nueva partición, que (habrá de efectuarse en ejecución de sentencia y con plena sujeción a las disposiciones testamentarias del causante ordenadas para el caso de infracción de las prohibiciones contenidas en el testamento y demás que) proceda hasta el exacto cumplimiento de la voluntad del testador.

3º.- Asimismo en dicha partición, de no haber los bienes relictos al fallecimiento de Don Juan Banús Masdeu en la participación que a las demandadas corresponde en el tercio de legítima estricta, tales bienes sean atribuidos íntegramente a los demandantes para el completo pago de sus derechos hereditarios; ordenándose igualmente en ejecución de sentencia las rectificaciones e inscripciones que fueran procedentes en los Registros de la Propiedad.

4º.- Se traigan a la nueva partición, a fin de que se computen en la nueva partición que se practique en cumplimiento de las disposiciones testamentarias del causante, los frutos de los bienes inicialmente atribuidos en virtud de la partición anulada, rescindida o resuelta en la sucesión de Don Juan Banús Masdeu, calculados al tipo de interés legal del dinero respecto del metálico, y tomando en cuenta los percibidos respecto de los restantes bienes muebles o inmuebles adjudicados a los demandantes, así como tanto los percibidos como los debido o

podido percibir de los bienes muebles o inmuebles adjudicados a las codemandadas; con particular pronunciamiento sobre el abono a los demandantes del valor de los bienes inmuebles de la sociedad LA GRAMILLA, S.A. adjudicados a las codemandadas por razón de acciones amortizadas que no deban pertenecerles.

5º.- Que se condene a las demandadas, caso de oponerse a la presente demanda, al pago de las costas del presente juicio".

**2.-** La procuradora doña Iciar de la Peña Argacha, en nombre y representación de doña María Dolores y doña Elvira Banús Ferré, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y formulando Reconvencción a la demanda planteada, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare que:

"...1. Que el valor actualizado de la mitad de las 480 acciones de **Inmobiliaria Juban S.A.** transmitidas a título lucrativo en 1972 por don Juan Banús Masdeu y doña Pilar Ferré Ventura a sus hijos don Juan y a don Antonio Banús Ferré, actualizadas al año 1980, **deben computarse en la herencia de don Juan Banús Masdeu** a efectos de fijar la legítima correspondiente a tal herencia.

2. Que la forma en que se ha practicado la partición de la herencia de don Juan Banús Masdeu, mediante escritura autorizada el 17 de noviembre de 1980, por el Notario de Madrid, don Salvador Zaera Sánchez, sin computar la transmisión a título lucrativo derivada de la donación de "acciones de Inmobiliaria Juban, S.A., referida en el apartado anterior del presente - suplico, **ha causado lesión en la legítima estricta** que corresponde en dicha herencia a mis representadas doña M<sup>a</sup> Dolores y doña Elvira Banús Ferré.

3. Que, se condene a los actores don Antonio Banús Ferré y a la comunidad hereditaria de don Juan Banús Ferré a satisfacer a mi representada **doña M<sup>a</sup> Dolores Banús Ferré**, en concepto de

complemento de la legítima correspondiente a la herencia de su padre don Juan Banús Masdeu, a la que se refiere el apartado anterior de este suplico, la cantidad 1.061.891.295 ptas.

equivalentes a 6.382.095,22 € o la valoración, que, en su caso, se haga en período probatorio.

4. Que se condene a los actores don Antonio Banús Ferré y a la comunidad hereditaria de don Juan Banús Ferré a satisfacer a mi representada **doña Elvira Banús Ferré**, en concepto de complemento de la legítima correspondiente a la herencia de su padre don Tan Banús Masdeu, a la que se refiere el apartado nº2 de este suplico, la cantidad 1.062.770.506 ptas. equivalentes a 6.387.379,38 € o la valoración, que, en su caso, se haga en período probatorio.

5. Que se condene a los actores don Antonio Banús Ferré y a la comunidad hereditaria de don Juan Banús Ferré a satisfacer a mis representada doña M<sup>a</sup> Dolores los frutos o intereses de los bienes colacionables a contar desde el día del fallecimiento de su padre don Juan Banús Masdeu, calculados aplicando el tipo de interés legal del dinero al importe en que se ha cuantificado la lesión de la legítima de mi representada, que asciende a la cantidad de 1.836.526.448,25 pesetas equivalentes a 11.037.746,25 Euros.

6. Que se condene a los actores don Antonio Banús Ferré y a la comunidad hereditaria de don Juan Banús Ferré a satisfacer a mis representada doña Elvira Banús Ferré, los frutos o intereses de los bienes colacionables a contar desde el día del fallecimiento de su padre don Juan Banús Masdeu, calculados aplicando el tipo de interés legal del dinero al importe en que se ha cuantificado la lesión de la legítima de mi representada, que asciende a la cantidad de 1.838.047.031,63 pesetas equivalentes a 11.046.885,14 Euros.

7. Se condene a los actores que se opongan a la presente reconvencción al pago de las costas del presente juicio".

Por el procurador don Miguel Ángel Heredero Suero, en nombre y representación de doña Pilar Banús Ferré, en nombre y representación de doña Pilar Banús Ferré además de acordar la falta de legitimación de quienes como herederos de D. JUAN BANÚS FERRÉ sin acreditarlo, se desestime la demanda y se estime la presente demanda reconventional y se dicte sentencia en la que: "...A) Se condene a los demandantes principales al pago de las costas de la demanda. B) Se declare que el valor actualizado de la mitad de las 480 acciones de INMOBILIARIA JUBAN, S.A., previa deducción del valor de las cargas impuestas a JUAN y ANTONIO BANÚS FERRÉ, con ocasión de transmitirse a título lucrativo tales acciones el 22 de febrero de 1972, actualizado al año 1980, debe computarse en la herencia de don JUAN BANÚS MASDEU a efectos de fijar la legítima correspondiente a tal herencia. C) Se declare que la forma en que se ha practicado la partición de la herencia de don JUAN BANÚS MASDEU, mediante escritura autorizada el 17 de noviembre de 1.980 por el Notario de Madrid don Salvador Zaera Sánchez, sin computar la transmisión a título lucrativo derivada de la donación de acciones de INMOBILIARIA JUBAN, S.A., referida en el apartado B) del presente suplico, ha causado lesión en la legítima estricta que corresponde en dicha herencia a mi representada doña PILAR BANÚS FERRÉ. D) Que se condene a los demandados don ANTONIO BANÚS FERRÉ y a doña CELIA GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, don JUAN BANÚS GUTIÉRREZ, don GONZALO BANÚS GUTIÉRREZ, doña ROCÍO BANÚS GUTIÉRREZ, don ÁNGEL BANÚS GUTIÉRREZ, don JESÚS M. BANÚS GUTIÉRREZ, don MANUEL BANÚS GUTIÉRREZ, doña NURIA BANÚS GUTIÉRREZ, don RAFAEL BANÚS GUTIÉRREZ y don MIGUEL BANÚS GUTIÉRREZ, como herederos de don JUAN BANÚS FERRÉ, así como a los restantes ignorados y desconocidos herederos de don JUAN BANÚS FERRÉ, a que satisfagan a mi



representada, doña PILAR BANÚS FERRÉ en concepto de complemento de la legítima paterna y para compensar la lesión de la referida legítima, la cantidad de **SEIS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (6.386.498,70 E).**

Dicha cantidad deberá ser satisfecha, en cuanto a un 50%, por el demandado don ANTONIO BANÚS FERRÉ, y en cuanto al restante 50%, solidariamente por los herederos de don JUAN BANÚS FERRÉ.

E) Que se condene a los demandados don ANTONIO BANÚS FERRÉ y a doña CELIA GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, don JUAN BANÚS GUTIÉRREZ, don GONZALO BANÚS GUTIÉRREZ, doña ROCÍO BANÚS GUTIÉRREZ, don ÁNGEL BANÚS GUTIÉRREZ, don JESÚS M<sup>a</sup> BANÚS GUTIÉRREZ, don MANUEL BANÚS GUTIÉRREZ, doña NURIA BANÚS GUTIÉRREZ, don RAFAEL BANÚS GUTIÉRREZ y don MIGUEL BANÚS GUTIÉRREZ, como herederos de don JUAN BANÚS FERRÉ, así como a los restantes ignorados y desconocidos herederos de D. JUAN BANÚS FERRÉ a satisfacer a mi representada los frutos de los bienes computables por los mismos en la sucesión de D. JUAN BANÚS MASDEU, a contar del día del fallecimiento de éste, el 30 de julio de 1980 y hasta que quede pagada la legítima de mi mandante, calculados aplicando el tipo del interés legal del dinero al importe de la lesión en la legítima de mi representada, antes indicado, de 6.386.498,70 euros, siendo el importe de los intereses vencidos hasta la fecha de esta demanda reconventional, 25 de noviembre de 2004, de **ONCE MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS EUROS CON DOS CÉNTIMOS (11.045.362,02 €).**

Dicha cantidad deberá ser satisfecha, en cuanto a un 50%, por el, demandado DON ANTONIO BANÚS FERRÉ, y en cuanto al restante 50%, solidariamente por los herederos de DON JUAN BANÚS FERRÉ.

**F)** Que se condene a los demandados que se opongan a la presente demanda al pago de las costas del presente juicio".

La procuradora doña Gloria María Rincón Mayoral, en nombre y representación de don Antonio Banús Ferré y de los Herederos de don Juan Banús Ferré, presentó escrito contestando las demandas reconventionales formuladas por doña Pilar, doña Elvira y doña María Dolores Banús Ferré, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando se dicte Sentencia: "...desestimando íntegramente las reconversiones formuladas, con expresa imposición de costas a las reconvinientes".

Por la procuradora doña Iciar de la Peña Argacha, en nombre y representación de doña María Dolores y doña Elvira Banús Ferré, se presentó escrito contestando a la reconversión y solicitando se dicte en su día sentencia: "... estimando en su día las declaraciones solicitadas en la demanda reconventional y, en consecuencia condenar a los actores a las peticiones de condena contenidos en el Suplico de nuestra demanda reconventional y, para el supuesto, que rechazamos, de llevarse a cabo una nueva partición de acuerdo con la petición 2ª del Suplico de nuestra demanda reconventional y, para el supuesto, que rechazamos, de llevarse a cabo una nueva partición de acuerdo con la petición 2ª del Suplico de la demanda, se declare que los actores han infringido la cláusula 10ª del testamento, y por ello se les condene a percibir únicamente la legítima estricta de la herencia de su padre don Juan Banús Masdeu, acreciendo el remanente por iguales partes a las tres hermanas, doña Pilar, doña María Dolores y doña Elvira Banús Ferré". El Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid dictó Auto en fecha 4 de mayo de 2006, en cuya parte dispositiva consta: "...se acuerda la suspensión del presente procedimiento por existir litispendencia dimanante de los procesos de Mayor cuantía nº 498/96 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid y Mayor cuantía 466/00

del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid y ello hasta la terminación de los citados procedimientos por sentencia firme o cualquier otra resolución que les ponga fin de forma definitiva".

Contra dicha resolución la procuradora doña Gloria María Rincón Mayoral, interpuso recurso de apelación, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó e aplicación y terminó

suplicando se dicte resolución por la que: "...1º)

Que el procedimiento de mayor cuantía que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid (autos acumulados 498 y 560/1996), en la actualidad pendiente de recurso Extraordinario por Infracción Procesal y de Casación ante el Tribunal Supremo de Justicia (autos 546/2004) no es civilmente prejudicial respecto de la pretensión que se ejercita en la Demanda que ha dado lugar a los autos de instancia nº 1012/2004.

2º) Que, en consecuencia, procede dejar sin efecto la suspensión acordada, con remisión de las actuaciones al citado Juzgado de Primera Instancia nº 26 para la continuación del procedimiento hasta la resolución por sentencia de la pretensión ejercitada en la Demanda.

3º) Que, en consecuencia de lo anterior y confirmando la litispendencia de la pretensión reconventional suscitada en los citados auto, se decrete su sobreseimiento y consiguiente archivo de las actuaciones relativas a la misma".

**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 26 de Madrid, dictó sentencia con fecha 23 de octubre de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO:* "...Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda planteada por DON ANTONIO BANÚS FERRÉ Y LOS HEREDEROS DE DON JUAN BANÚS FERRÉ, que son su esposa DOÑA CELIA GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, DON CELIA BANÚS GUTIÉRREZ, DON JUAN

BANÚS GUTIÉRREZ, DON GONZALO BANÚS GUTIÉRREZ, DOÑA ROCÍO BANÚS GUTIÉRREZ, DON ÁNGEL BANÚS GUTIÉRREZ, DON JESÚS BANÚS GUTIÉRREZ, DON MANUEL BANÚS GUTIÉRREZ, DOÑA NURIA BANÚS GUTIÉRREZ, DON RAFAEL BANÚS GUTIÉRREZ Y DON MIGUEL BANÚS GUTIÉRREZ, representados por la Procuradora de los tribunales Doña Gloria María Rincón Mayoral y asistidos del letrado Fernando Castedo Álvarez contra DOÑA PILAR BANÚS FERRÉ, representada procesalmente por el Procurador de los Tribunales Miguel Ángel . Heredero Suero y DOÑA DOLORES BANÚS FERRÉ Y DOÑA ELVIRA BANÚS FERRÉ, representadas pro el Procurador de los Tribunales doña (ciar de la Peña Argacha, sin efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas procesales causadas. Asimismo, ESTIMANDO PARCIALMENTE la RECONVENCION planteada de adverso DECLARO:

1.- Que el valor actualizado de las 480 acciones de Inmobiliaria Juban, SA, transmitidas por don Juan BANÚS Masdeu y Doña Pilar Ferré Ventura a sus hijos Don Juan y Don Antonio BANÚS Ferré, deben computarse en la herencia de don Juan BANÚS Masdeu a efectos de calculo de la legitima estricta que corresponde a doña Pilar, doña dolores y Doña Elvira BANÚS Ferré.

2.- Que la forma en que se ha practicado la partición de la herencia de DON JUAN BANÚS MASDEU mediante escritura autorizada el 17 de noviembre de 1980, por el Notario de Madrid, don Salvador Zaera Sánchez, sin computar la liberalidad derivada de la transmisi3n de las acciones de Inmobiliaria Juban, SA, ha causado lesi3n en la legitima estricta que corresponde en dicha herencia a Doña Dolores, doña Elvira y Doña Pilar BANÚS Ferré.

3.- Que para calcular la legitima que corresponde a las hermanas deber3 tenerse en cuenta el valor de los bienes de la herencia a la fecha de la muerte del causante, seg3n consta en las

operaciones particionales efectuada, el 17 de noviembre de 1980. A lo que habrá que sumar el importe a que ascienda la valoración de la liberalidad, consistente en mitad de las 480 acciones de Juban, SA, por el importe que se determine en ejecución de sentencia en el juicio de mayor cuantía 498/96, seguido ante el Juzgado nº 14 de Madrid, actualizada igualmente a la fecha de la partición (1980). Y, deberá rectificarse parcialmente la partición de la herencia de Don Juan BANÚS Masdeu a fin de complementar la legitima estricta de la actoras, partiendo de los cálculos expuestos y, una vez se conozca la cuantía exacta de dicha legitima, procederá la reducción de la liberalidad efectuada en lo que resulte inoficiosa, por partes iguales entre los demandantes, Don Juan Banús Ferré y herederos de Don Antonio Banús Ferré, lo que deberá determinarse en ejecución de sentencia, atendiendo a los criterios establecidos mediante rectificación total o parcial de la partición, y condenando a los demandantes a estar pasar por ello y restituir a las demandadas el exceso percibido, con los intereses devengados desde la fecha de presentación de la demanda.

4.-No procede efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en la presente instancia".

**SEGUNDO.**- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Auto con fecha 5 de marzo de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS "...ESTIMANDO EN PARTE* el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Antonio Banús Ferré y los herederos de don Juan Banús Ferré: doña Celia Gutiérrez Fernández, doña Celia Banús Gutiérrez, doña Gloria Banús Gutiérrez, don Rafael Banús Gutiérrez, don Miguel Banús Gutiérrez, don Juan Banús Gutiérrez, doña Rocío Banús Gutiérrez, don Ángel Banús Gutiérrez, don

Manuel Banús Gutiérrez y don Gonzalo Banús Gutiérrez, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid, con fecha 23 de octubre de 2008 en los autos de Juicio Ordinario allí seguidos con el número 1012/04, y DESESTIMANDO LA IMPUGNACIÓN de la sentencia deducida por la representación procesal de Da. Pilar Banús Ferré, **revocamos parcialmente** la misma en el sentido de, estimándose en parte la demanda como la reconvencción interpuesta:

1.- Declaramos que conforme a la voluntad expresada en el testamento de don Juan Banús Masdeu, las demandadas doña Pilar, doña Elvira y doña Dolores Banús Ferré -por haber quebrantado las prohibiciones que les impuso el testador- deben quedar instituidas únicamente en la porción que les corresponda de legítima estricta de la herencia de aquél, acreciendo a sus coherederos, los aquí demandantes, la parte de las mismas en los tercios de mejora y de libre disposición así como los legados de inmuebles declarados por el testador, debiendo las demandadas estar y pasar por ello restituyendo a los demandantes el exceso que las mismas hayan percibido con sus frutos, rentas e intereses.

Todo ello con las rectificaciones e inscripciones que resulten procedentes en los Registros de la Propiedad.

2.- En ejecución de sentencia se calcularán las citadas legítimas estrictas partiendo de los criterios sentados por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15.6.2007, calculando el montante de la liberalidad conforme se determine en ejecución, de sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid con valoración de los bienes hereditarios a 1980 en la partición a efectuar a fin de atribuir a las demandadas su legítima estricta.

3.- Confirmamos los pronunciamientos referentes a la reconvencción si bien con las correcciones señaladas Fundamento de Derecho quinto de la presente y únicamente en lo referente a la forma

de cálculo de la legítima de las restantes pronunciamientos contenidos en el punto 3.  
4.- Se confirman los pronunciamientos referentes costas de la instancia.  
5.- No se efectúa imposición de las costas ocasionadas con el recurso de apelación.  
6.- Se imponen a la parte impugnante las costas causadas con la impugnación de la sentencia".

**TERCERO.- 1.-** Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación conjuntamente con el extraordinario por infracción procesal la procuradora doña Iciar de la Peña Argacha en representación procesal de doña Elvira y de doña Dolores Banús Ferré. Argumentando **el recurso extraordinario por infracción procesal**, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS :**

Primero.- Artículo 469.1.2º de la LEC por infracción del artículo 218 de la LEC.

**El recurso de casación** lo motivó con arreglo a los siguientes **MOTIVOS:**

Primero.- Artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 675 párrafo 2º CC.

Segundo.- Artículo 477.1 LEC por infracción artículo 743 CC,

Tercero.- Artículo 477.1 LEC por infracción de los artículos 3, 790 y 1116 CC.

Cuarto.- Artículo 477.1 LEC por infracción de los artículos 806 y 813 en relación con el 815 del CC.

Quinto.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 882 CC.

Sexto.- Artículo 477.1 LEC. por infracción del artículo 828 CC,

Séptimo.- Artículo 477.1 LEC, por infracción de los artículos 1035 y 1036 CC, en relación con el artículo 1079 del CC.

Octavo.- Artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1258 CC.

El procurador don Miguel Ángel Heredero Suero, en nombre y representación de doña Pilar Banús Ferré, interpuso en su nombre y representación

**recurso de casación**, argumentando el mismo en los siguientes **MOTIVOS**:

Primero.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 675 del CC.

Segundo.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 675 CC.

Tercero.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 675 CC.

Cuarto.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 1035 y 1036 del CC.

Quinto.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 1258 CC.

Sexto.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 651, párrafo 1º CC en relación con el 798, párrafo 2º y 1119 del CC.

Por la procuradora doña Gloria María Rincón Mayoral, en nombre y representación de don Antonio Banús Ferré y otros, interpuso **recurso de casación**, argumentando el mismo con apoyo en los siguientes **MOTIVOS**:

Primero.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 646 CC por infracción de los artículos 1076 y 1299 CC.

Segundo.- Artículo 477.1 LEC por infracción de los artículos 7.1 y 1258 CC.

**CUARTO.**- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 31 de enero de 2012 se acordó: 1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Elvira Banús Ferré y doña Dolores Banús Ferré. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Pilar Banús Ferré. Y admitir el recurso de casación interpuesto por la representación de don Antonio Banús Ferré y otros.

2º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal doña Elvira Banús Ferré y doña Dolores Banús Ferré y dar traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Miguel Ángel Heredero Suero, en nombre y



representación de doña Pilar Banús Ferré,  
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 2 de julio del 2013, en cuyo acto se acordó someter el recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para ello el día 17 de diciembre de 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **FRANCISCO  
JAVIER ORDUÑA MORENO,**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- 1.** El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la aplicación testamentaria de la denominada "cautela socini" en relación con la intangibilidad de la legítima particularmente en orden a la validez de la misma ante el recurso a la intervención judicial en defensa de la legítima estricta de los legitimarios.

**2.** A los efectos que aquí interesan debe señalarse que don Juan Banús Masdeu falleció el 30 de julio de 1980, habiendo otorgado testamento abierto el 13 de julio de 1978, por el que instituyó heredera en usufructo de un tercio de sus bienes a su esposa, disponiendo varios legados e instituyendo en el remanente a sus herederos por partes iguales. Respecto a la configuración de la cautela socini, en idénticos términos del testamento de su esposa, se ordenaba lo siguiente: "Octava.- Prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaría, aún cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidario". "Novena.- Si por uno o varios de los herederos se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes". "Décima.- Quiere expresamente el testador que se respeten totalmente y con estricta fidelidad las donaciones y legados, cualquiera que fuese su importancia y cuantía, que en vida haya hecho a cualquier persona y muy especialmente a su esposa e hijos, por lo que no tendrán tales liberalidades el carácter de colacionables, prohibiéndolo así sus herederos."

3. Antecedentes del pleito.

Los presentes recursos de casación tienen su origen en una demanda de juicio ordinario interpuesta por D. Antonio Banús Ferré y la Comunidad de herederos de D. Juan Banús Ferré, contra sus hermanas D<sup>a</sup> Dolores, D<sup>a</sup> Pilar y D<sup>a</sup>. Elvira Banús Ferré, por la que se solicitaba que se diera cumplimiento a la voluntad testamentaria de su padre, D. Juan Banús Masdeu y en su virtud se resolviese, anulase o rescindiese la partición de su herencia anteriormente efectuada, practicándose en su lugar una nueva partición y cuanto fuera necesario para que a las citadas demandadas se les atribuyese en la herencia de su padre la legítima estricta, única participación que les correspondería al haber quebrantado las prohibiciones que les había impuesto el testador, debiendo quedar instituidas únicamente en la proporción que les correspondiese dentro de la legítima estricta, acreciendo a los coherederos la partes de las mismas en los tercios de mejora y libre disposición. En concreto, en el suplico se pedía que se dictara sentencia por la que:

"1.º Se declare que, conforme a la voluntad expresa da en el testamento de D. Juan Banús Masdeu, las demandadas Doña Pilar, Doña Elvira y Doña M<sup>a</sup> Dolores Banús Ferré -por haber quebrantado las prohibiciones que les había Impuesto el testador deben quedar instituidas únicamente en la proporción que les corresponde en el tercio de legítima estricta de la herencia de aquél su difunto padre; acreciendo a sus coherederos, los aquí demandantes, la parte de las mismas en los tercios de mejora y de libre disposición, así como los legados de inmuebles ordenados por el testador, condenando a las demandadas a estar y pasar por ello y a restituir a los demandantes el exceso que las mismas hayan percibido.

2.º Se tenga por resuelta, anulada o rescindida la partición hecha en 1.980, condenando a las demandadas a estar y pasar por una nueva partición, que habrá de efectuarse en ejecución de sentencia y con plena sujeción a. las disposiciones testamentarias del causante ordenadas para el caso de infracción de las prohibiciones contenidas en el testamento y demás que proceda hasta el exacto cumplimiento de la voluntad del testador.

3.º Asimismo en dicha partición, de no caber los bienes relictos al fallecimiento de D. Juan Banús Masdeu en la participación que a las demandadas corresponde en el tercio de legítima estricta, tales bienes sean atribuidas íntegramente a los demandantes para e/ completo pago de sus derechos hereditarios; ordenándose igualmente en ejecución de sentencia las rectificaciones e inscripciones que fueren procedentes en los Registros de la Propiedad.

4.º Se traigan a la nueva partición, a fin de que se computen en la

nueva partición que se practique en cumplimiento de las disposiciones testamentarias del causante, los frutos de los bienes inicialmente atribuidos en virtud de la partición anulada, rescindida o resuelta en la sucesión de D. Juan Banús Masdeu, calculados al tipo de interés legal del dinero respecto del metálico, y tomando en cuenta los percibidos respecto de los restantes bienes muebles o inmuebles adjudicados a los demandantes, así como tanto los percibidos como los debidos o podido percibir de los bienes muebles o inmuebles adjudicados a las codemandadas; con particular pronunciamiento sobre el abono a los demandantes del valor de los bienes inmuebles de la sociedad LA GRANJILLA, S.A. adjudicados a las codemandadas por razón de acciones amortizadas que no deban pertenecerles.

5.º Que se condene a las demandadas, caso de oponer se a la presente demanda, al pago de las costas del presente juicio." En la demanda se alegaba que las demandadas, al pretender judicialmente que determinada transmisión de acciones hecha por su padre D. Juan Banús Masdeu a favor de sus hijos se colacionase en su herencia con el fin de que se computase en la cuenta de legítimas, infringían las prohibiciones impuestas por el causante en las cláusulas octava y décima de su testamento, por lo que debía de aplicarse la consecuencia contenida en la cláusula novena de dicho testamento, es decir, que quedasen instituidas exclusivamente en su legítima estricta. En concreto, se decía que las demandadas habían quebrantado la voluntad del causante al provocar la intervención judicial con la presentación de sendas demandas (que dieron lugar a los autos 466/2000 y 485/2000, este último se acumuló al anterior y actualmente se encuentra sobreeséido y archivado al haberse apreciado la excepción de litispendencia por la identidad esencial entre la pretensión deducida en la demanda y la deducida también por las hermanas respecto a la herencia de su madre, tramitada con el n.º de autos mayor cuantía 498/1996 y sobre la que recayó sentencia por esta Sala en fecha 15-06-2007), en las que se decía que el causante y su mujer habían hecho una donación a sus hijos D. Antonio y D. Juan Banús Ferré de 480 acciones de la inmobiliaria Juban, S.A. y que el valor actualizado de la mitad de dichas acciones debía computarse en la herencia de D. Juan Banús Masdeu a efectos de fijar la legítima correspondiente a tal herencia, por lo que al no haberse hecho así, la partición de la herencia realizada en 1980 causaba lesión en la legítima estricta de las demandantes solicitando por dicha razón el complemento de la legítima paterna.

Las demandadas contestaron la demanda y se opusieron alegando: prejudicialidad civil, falta de legitimación pasiva (de la luego se desistió) y caducidad o prescripción de la acción entablada y, en cuanto al fondo,

negaron que operase la cautela *socini* incluida en el testamento por ser nula. Formularon reconvencción ejercitando acción de complemento de legítima y solicitando que, tratándose de una donación, debía computarse en la herencia del causante D. Juan Banús, a efectos de fijar la legítima correspondiente, el valor actualizado de las 480 acciones de la Inmobiliaria Juban, S.A. transmitida a título lucrativo por los padres a los hijos, Antonio y Juan, ya que la forma en que se ha practicado la partición de la herencia del causante había provocado lesión en la legítima estricta de las demandadas reconvinientes, debiendo satisfacer los actores reconvenidos a éstas la cantidad correspondiente de la herencia de su padre, así como los frutos e intereses colacionables desde el día del fallecimiento del padre. En la contestación a la reconvencción, los demandantes plantearon la excepción de litispendencia por haberse ejercitado por vía de reconvencción la misma pretensión que ejercitaron como demanda autónoma en el procedimiento seguido con n.º de autos 466/2000. En cuanto al fondo, se opusieron a la demanda y negaron que la transmisión de las 480 acciones de Juban, S.A. hecha por D. Juan Banús Masdeu y D.ª Pilar Ferré Ventura a sus dos hijos varones en 1972, fuera una donación modal o con carga, afirmando que se trataba de una renta vitalicia onerosa, por lo que no procedía computar el valor de las acciones transmitidas para efectuar el cálculo de la legítima. También alegaron caducidad de las acciones de reducción de donaciones por haber transcurrido más de cinco años desde la muerte del causante por aplicación analógica del art. 646 del CC (STS 4 de marzo de 1999). Negaron la existencia de prejudicialidad civil respecto al procedimiento seguido con el n.º de autos 498/1996 sobre la herencia de la madre (que en aquel entonces estaba pendiente de resolución ante el TS, habiéndose dictado STS de 15 de junio de 2007 que declaró que se había producido un negocio mixto de onerosidad y gratuidad y mantuvo la estimación de la acción de complemento de la legítima estricta) por tener objetos distintos y versar sobre herencias diferentes y argumentaron sobre la efectividad y validez de la cautela *socini* contenida en la cláusula novena en relación con la octava del testamento de D. Juan Banús Masdeu y su aplicación al presente caso reiterando lo expuesto en su demanda. La sentencia de Primera Instancia, tras desestimar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda y en la reconvencción y la existencia de prejudicialidad civil, analizó las cláusulas controvertidas del testamento de D. Juan Banús Masdeu y desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción, declarando que el valor actualizado de la mitad de las 480 acciones de la inmobiliaria Juban, S.A. transmitidas por los padres a Antonio -y Juan debía computarse en la herencia del

causante a efectos del cálculo de la legítima estricta, que la partición efectuada sin computar dicha liberalidad había causado lesión en la legítima estricta de las hermanas, debiendo rectificarse la partición de la herencia a fin de complementar la legítima estricta, que para calcular la legítima que corresponde a las hermanas deberá tenerse en cuenta el valor de los bienes de la herencia a la fecha de la muerte del causante, a lo que habrá que sumar el importe a que ascienda la valoración de la liberalidad, consistente en la mitad de las 480 acciones de Juban, S.A por el importe que se determine en ejecución de sentencia actualizada a la fecha de la partición, debiendo rectificarse parcialmente la partición de la herencia de D. Juan Banús Masdeu a fin de complementar la legítima estricta de las actoras y, una vez se conozca la cuantía exacta de dicha legítima, procederá la reducción de la liberalidad efectuada en lo que resulte inoficiosa. Se fundó en síntesis, en que: a) la reclamación planteada por las demandadas solo pretende la reivindicación de la legítima estricta que les corresponde en la herencia de su padre por el hecho de haberse omitido el cómputo de determinados bienes ejercitando la acción de complemento de legítima; b) partiendo de lo anterior, ninguna cláusula testamentaria puede impedir el legítimo derecho de los herederos forzosos a reclamar el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la sucesión; c) al haber omitido el testador el cómputo de importantes bienes en su herencia la partición adolece de un vicio que lesiona los derechos de las legitimarias y las acciones entabladas por las hermanas que han provocado la intervención judicial no pretenden eliminar ningún gravamen o disposición testamentaria, sino que solo interesan que se subsane dicha omisión y que tal liberalidad sea computada en la herencia de su padre a los efectos de completar su legítima estricta lo que en modo alguno puede ser prohibido por el testador; d) existe cosa juzgada derivada de la sentencia dictada por el TS el 15 de junio de 2007 en el procedimiento n.º 498/1996, en relación a la naturaleza jurídica de la transmisión efectuada y los criterios que deben seguirse para determinar el importe a que asciende dicha liberalidad. Recurrída en apelación por la parte demandante y formulada impugnación por D.<sup>a</sup> Pilar Banús Ferré, la sentencia de Segunda Instancia estimó parcialmente el recurso de la parte demandante, declarando que las demandadas quebrantaron las prohibiciones que les impuso el testador, por lo que debían quedar instituidas únicamente en la porción que les correspondiese de la legítima estricta, acreciendo a sus coherederos la parte de las mismas en los tercios de mejora y de libre disposición, así como los legados de inmuebles declarados por el testador, la nulidad de la partición en este punto, debiendo de restituir las demandadas los frutos, rentas e intereses percibidos en exceso,

practicándose una partición bajo los criterios sentados en la STS de 15 de junio de 2007, confirmando los pronunciamientos sobre la reconvencción, salvo lo referente a la forma de cálculo de la legítima de las demandadas reconvinentes. Se fundó, en resumen, en lo siguiente: a) las cláusulas testamentarias litigiosas son válidas y no vulneran la legalidad vigente consistiendo la sanción por vulnerar la prohibición impuesta por el testador en la pérdida de la mejora o de lo que se habría de percibir como libre disposición, sin que ello impida el ejercicio de acción para el percibo de la legítima estricta pues, en contra de lo señalado en primera instancia la cláusula testamentaria no impide el legítimo derecho de los herederos forzosos a reclamar la legítima; b) pese a ello no puede estimarse la demanda en su integridad ya que ha de estarse a lo resuelto en la STS de. 15 de junio de 2007; c) en relación a la reconvencción estimó que la acción ejercitada en la misma demanda fue de complemento de legítima por lo que el plazo de caducidad no era de cinco años sino de treinta años; c) lo que debe computarse en la herencia de D. Juan Banús Masdeu es la liberalidad derivada de aquella transmisión si bien se desconoce si tal falta de cómputo de la liberalidad citada ha causado o no lesión en las legítimas de las demandadas reconvinentes revocando el punto tercero del fallo de la sentencia salvo en lo referente al cálculo de la legítima; d) en cuanto a la impugnación de D.<sup>a</sup> Pilar Banús Ferré en la que solicitaba que los frutos de los bienes computables se calculasen desde la fecha de la apertura de la sucesión o subsidiariamente desde la primera demanda de reclamación de complemento de legítima, se rechaza en cuanto que el TS ha fijado que debe de partirse para tal cómputo del momento de la interposición de la demanda en aplicación de lo dispuesto en el art. 651 del CC. Recurren ambas partes ante esta Sala.

#### 4. Antecedentes judiciales.

1) En 1996 se formuló demanda por D.<sup>a</sup> Pilar Banús Ferré a la que se acumuló la formulada por su hermana D.<sup>a</sup> Elvira, con el mismo suplico, contra sus hermanos, D. Juan (fallecido durante el trámite del proceso) D. Antonio y su hermana D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Dolores. Demanda que se sustanció como juicio declarativo de mayor cuantía nº 498/96 ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid. En el largo suplico de la demanda se interesó, en esencia, que se procediera al cómputo de la legítima estricta de las demandantes y se procediera, tras la rescisión de la partición, a realizar una nueva; es decir, en síntesis, se ejercitó la "actio ad supplendam legitimam", en relación con la legítima estricta respecto a la herencia de la madre de los mencionados hermanos, D.<sup>a</sup> Pilar Ferré Ventura. En concreto se pedía que:

"A) Se declarase que la transmisión por parte de D. Juan Banús Masdeu y D<sup>a</sup>. Pilar Ferré Ventura a sus hijos Juan y D. Antonio Banús Ferré de 490 acciones de Inmobiliaria Juban, S.A., en el mes de febrero de 1.972, implica, en cuanto a aquella parte del valor de tales acciones respecto de la que los adquirentes no satisficieron contraprestación, una transmisión a título lucrativo.

B) Se declarase que la mitad de la parte del valor de las acciones de Inmobiliaria Juban, S.A., que, según el apartado A) de este suplico, suponga una transmisión a título lucrativo, debe computarse en la herencia de D<sup>a</sup>. Pilar Ferré Ventura, a efectos de fijar la legítima correspondiente a tal herencia.

C) Se declarase que la forma en que se practicó la partición de la herencia de D<sup>a</sup>. Pilar Ferré Ventura, mediante escritura autorizada el 9 de junio de 1.993 por el Notario de Madrid D. Francisco de la Haza Cañete, sin computar la transmisión de acciones de Inmobiliaria Juban, S.A. referida en el apartado 8) del presente suplico, ha causado lesión **en la legítima estricta** que corresponde en dicha herencia a mi representada.

D) Se declarase que en la parte en que no pueda ser satisfecha la **legítima estricta** de mi mandante, con cargo al "valor líquido de los bienes hereditarios", deberá reducirse, por inoficiosa, y por partes iguales respecto a los demandados D. Juan y D. Antonio Banús Ferré, la donación hecha a éstos por doña Pilar Ferré Ventura de su partición, igual al 50%, en las 490 acciones de Inmobiliaria Juban, S.A. transmitidas por esta, conjuntamente con su esposo, D. Juan Banús Masdeu, a dichos demandados.

E) Se declare que para compensar la lesión en la legítima de mi mandante, a que se refiere el apartado C) de este suplico, en primer lugar; rectificar parcialmente la partición de la herencia de doña Pilar Ferré Ventura, adjudicando a mi representada lo que en dicha partición se adjudica a los demandados D. Juan y D. Antonio Banús Ferré, y, en segundo lugar, reducir parcialmente, por inoficiosa, la donación hecha por doña Pilar Ferré Ventura a dichos dos demandados, condenando a los mismos a satisfacer a mi representada la cantidad que reste, una vez realizado lo anterior, hasta completar su legítima estricta, realizando lo anterior, hasta completar su legítima estricta, determinada en base a la valoración que se haga en período probatorio, o en su caso, en ejecución de sentencia. Realizándose, igualmente en ejecución de sentencia, la rectificación parcial de la partición y su consiguiente inscripción en los Registros de la Propiedad correspondientes".

F) Subsidiariamente del anterior pedimento E) de este suplico, que se declare rescindida la partición en la que se compute la liberalidad referida en el apartado 8) de este suplico y se contemple la reducción

de la donación a que se refiere el apartado D) de este suplico, en cuantía suficiente para cubrir la legítima de mi mandante, condenando a todos los demandados a estar y pasar por ello y a los demandados D. Juan y D. Antonio Banús Ferré a pagar a mi representada la parte de la legítima de esta última que no pueda ser satisfecha con los bienes de la herencia, determinando dicha legítima en base a la valoración que se haga en período probatorio o, en su caso, en ejecución de sentencia.

G) Que se condene a los demandados D. Juan y D. Antonio Banús Ferré a satisfacer a mi representada los frutos de los bienes colacionables por los mismos en la sucesión de por doña Pilar Ferré Ventura, a contar del día del fallecimiento de esta y hasta que quede pagada la legítima de mi mandante, calculados aplicando el tipo de interés legal del dinero al importe en que se cuantificaba la lesión en la legítima de mi representada:

H) Que se condene a los demandados que se opongán a la presente demanda al pago de las costas del presente juicio". La sentencia de 7 de enero de 2000 dictada en primera instancia estimó esencialmente la demanda, declarando la lesión en la legítima estricta de las demandantes y ordenando el complemento de la misma. La Audiencia Provincial, Sección 12ª, de Madrid, conociendo del recurso de apelación, dictó sentencia en fecha 12 de noviembre de 2003 en la que mantuvo la esencia del pronunciamiento de primera instancia, modificando la declaración de ésta de haberse producido una transmisión a título lucrativo y declaró que lo había sido a título de donación modal o carga. Esta sentencia fue objeto de sendos recursos por infracción procesal y de casación, que con el nº 546/2004, fueron resueltos por sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2007 que casó parcialmente la anterior, declaró que se habla producido un negocio mixto de onerosidad y gratuidad y mantuvo la estimación de la acción de complemento de la legítima estricta, con otros pronunciamientos derivados.

2) En el año 2000, concretamente el 27 de julio, se presentó demanda por D.ª Pilar Banús Ferré contra su hermano Antonio, la herencia yacente y los desconocidos e ignorados herederos de su otro hermano D. Juan y sus hermanas y sus hermanas D.ª M.ª Dolores y D.ª. Elvira aunque a estas últimas nada reclamaban). Demanda que fue sustanciada como juicio declarativo de mayor cuantía n.º 466/2000. En la misma se pedía en términos parecidos a la anterior, pero referido a la herencia de su padre que:

"A) Se declare que el valor actualizado de la mitad de las 480 acciones de Inmobiliaria Juban, S.A., previa deducción del valor de las cargas impuestas a Juan y Antonio Banús Ferré, con ocasión de transmitirse a título lucrativo tales acciones, actualizadas al año 1980, debe



computarse en la herencia de D. Juan Banús Masdeu, a efectos de fijar la legítima correspondiente a tal herencia. B) Se declare que la forma en que se ha practicado la partición de la herencia de D. Juan Banús Masdeu, mediante escritura autorizada el 17 de noviembre de 1980 por el Notario de Madrid D. Salvador Zaera Sánchez, sin computar la transmisión a título lucrativo derivada de la donación de acciones de Inmobiliaria Juban, S.A. referida en el apartado A) del presente suplico, ha causado **lesión en la legítima estricta** que corresponde en dicha herencia a mi representada.

C) Se condene a los demandados Antonio Banús Ferré y a la herencia yacente y a los ignorados y desconocidos herederos de D. Juan Banús Ferré, a que satisfagan a mi representada, en concepto de complemento de la legítima paterna y para compensar la lesión de la referida legítima, la cantidad que reste, una vez deducido lo ya percibido por ella, hasta completar su **legítima estricta**, determinada esta en base a la valoración que se haga en periodo probatorio o, en su caso, en ejecución de sentencia.

D) Se condene a los demandados Antonio Banús Ferré y a la herencia yacente y a los ignorados y desconocidos herederos de D. Juan Banús Ferré a satisfacer a mi representada los frutos de los bienes colacionables por los mismos en la sucesión de D. Juan Banús Masdeu, a contar del día del fallecimiento de este y hasta que quede pagada la legítima de mi mandante, calculados aplicando el tipo de interés legal del dinero al importe en que se cuantificaba la lesión en la legítima de mi representada.

E) Que se condene a los demandados que se opongán a la presente demanda al pago de las costas del presente juicio". Posteriormente el 28 de julio de 2000 D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores Banús Ferré formulaba demanda en términos parecidos, dando lugar al juicio declarativo de mayor cuantía n.º 485/2000 aclarando que la demanda también se tuviera por interpuesta por D.<sup>a</sup> Elvira Banús Ferré. Ambas demandas se acumularon, dictándose auto de sobreseimiento y archivo de 6 de febrero de 2002 al estimarse la excepción de litispendencia respecto de tales autos en relación a los tramitados bajo el n.º 498/1996.

3) La demanda formulada por D. Antonio Banús Ferré y los herederos del fallecido D. Juan, su hermano, contra sus hermanas D.<sup>a</sup> Pilar, D. Elvira y D.<sup>a</sup> María Dolores Banús Ferré que dio origen al juicio declarativo de mayor cuantía 470/2000 ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Madrid. Cuya demanda interesaba que se declarase que las tres hermanas demandadas, por haber quebrantado las prohibiciones que su madre impuso en su testamento (haber dado

lugar a intervención judicial mediante la demanda reseñada anteriormente), habían quedado instituidas únicamente en la legítima estricta, con los pronunciamientos derivados. En concreto se pedía que se dictara sentencia por la que:

A). Se declare que, conforme a la voluntad expresada en el testamento de doña Pilar Ferré Ventura, las demandadas Doña Pilar; Doña Elvira y Doña M<sup>a</sup> Dolores Banús Ferré -por haber quebrantado las prohibiciones que les había impuesto la testadora- han quedado instituidas únicamente en la proporción que les corresponde en el tercio de legítima estricta de la herencia de aquélla su difunta madre, acreciendo a sus coherederos, los aquí demandantes, la parte de la herencia que deba serles reducida; condenando a las demandadas a estar y pasar por ello y a restituir o reembolsar a los demandantes el exceso que las mismas hayan percibido.

B). Se tenga por resuelta, anulada o rescindida la partición hecha en 1.993, condenando a las demandadas a estar y pasar por una nueva partición, que habrá de efectuarse en ejecución de sentencia, con sujeción a las disposiciones testamentarias de la causante -ordenadas para el caso de infracción de las prohibiciones contenidas en el testamento; partición en la que las donaciones recibidas por las demandadas en vida de la causante se imputarán al pago de su participación en el tercio de legítima estricta o corta, como anticipo de la misma, y demás que proceda hasta el exacto cumplimiento de la voluntad de la testadora.

C). Que asimismo en dicha partición, de no caber los bienes relictos al fallecimiento de Doña Pilar Ferré Ventura en la participación que a las demandadas corresponde en el tercio de legítima estricta, tales bienes sean atribuidos íntegramente a los demandantes para el completo pago de sus derechos hereditarios; ordenándose igualmente en ejecución de sentencia las rectificaciones e inscripciones que fueren procedentes en los Registros de la Propiedad. Todo lo cual ha de entenderse sin perjuicio de que, si en el Juicio de mayor Cuantía 498/96 hoy en trámite de apelación ante la Audiencia Provincial, se declarase que la venta de las acciones efectuada por Doña Pilar Ferré Ventura a favor de sus hijos Don Juan y Don Antonio Banús Ferré de JUBAN S.A. constituye una donación, se añada o complemente la nueva partición a practicar en lo que resultara oportuno del resultado de dicho juicio.

D). Que se condene a las demandadas a satisfacer a mis representados los frutos de los bienes colacionables en la sucesión de Doña Pilar Ferré Ventura a contar desde la interposición de esta demanda, calculados al tipo del interés legal del dinero; y asimismo a los frutos percibidos y debido o podido percibir de los bienes adjudicados a las mismas en la partición efectuada en 1.993, los cuales, en virtud de la

nueva partición que se practique, deben ser adjudicados a mis mandantes en cumplimiento de las disposiciones testamentarias de la causante.

E). Que se condene a las demandadas, caso de oponerse a la presente demanda, al pago de las costas del presente juicio." A su vez, fueron formuladas sendas demandas reconventionales, desestimadas en ambas instancias. La sentencia dictada el 8 de noviembre de 2006 por la Juez de Primera Instancia estima la demanda. Fue revocada parcialmente por la Audiencia Provincial, Sección 20ª, de Madrid, en sentencia de 13 de junio de 2008. Ésta desestimó totalmente la demanda respecto a la codemandada D.ª Mª Dolores Banús Ferre. La estimó respecto a sus dos hermanas codemandadas, D.ª Pilar y D.ª Elvira por haber quebrantado las prohibiciones impuestas por su madre, la testadora, quedando instituidas sólo en la proporción que les corresponde en el tercio de legítima estricta, con los pronunciamientos derivados relativos al cálculo del importe de la legítima estricta, comprendiendo las donaciones hechas inter vivos. Esta sentencia fue objeto de sendos recursos de casación que, con el n.º 1879/2008, fueron resueltos por sentencia de esta Sala de 21 de noviembre de 2011. La cuestión esencial de los mismos era si la testadora podía imponer prohibiciones que atentaran a la legítima estricta de las hijas. La codemandada, su hermana doña María Dolores desistió del recurso que había preparado, cuyo desistimiento fue aprobado por auto de 19 de septiembre de 2008. En definitiva, la cuestión que se planteaba era si tenía eficacia la cautela *socini* respecto a las tres hermanas demandadas, resolviendo la sentencia que la cautela *socini* no puede alcanzar la legítima estricta, es decir, el causante puede poner limitaciones o prohibiciones y dar la opción al legitimario de aceptarlas o verse reducido a percibir la legítima estricta, pero esta es intocable e intangible y no cabe imponer prohibiciones que la afecten y si se trata de prohibir la intervención judicial, nunca podrá impedir que la persona legitimaria acuda a los Tribunales en protección de la legítima estricta. Consideró que la demanda de las hermanas D.ª Pilar y D.ª Elvira Banús Ferré tuvo por exclusivo objeto el cómputo y la subsiguiente reclamación de la legítima estricta por lo que la cláusula de la testadora que prohíbe la intervención judicial y que sanciona el quebrantamiento de la misma con la percepción exclusiva de "la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la Ley..." carece de eficacia cuando las legitimarias en un proceso anterior reclamaron exclusivamente su legítima estricta y los demás pronunciamientos venían referidos al cálculo de la misma. Por tal razón, declaró que la sentencia recurrida al estimar la demanda y calificar como válida y eficaz la cautela impuesta

en el testamento infringió las normas sobre intangibilidad absoluta de la legítima estricta, estimando los recursos de casación formulados por D.<sup>a</sup> Elvira y D.<sup>a</sup> Pilar Banús Ferré y desestimando el de D. Antonio Banús Ferré y los herederos de D. Juan Banús.

**Recursos de casación de doña Elvira y doña Dolores Banús Ferré y de doña Pilar Banús Ferré.**

**Cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria. Perspectivas y planos de análisis de la figura. Interpretación sistemática. Régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable.**

**SEGUNDO.-** 1. Doña Elvira y doña Dolores Banús Ferré, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC, interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal (este luego es inadmitido), que se compone de ocho motivos de forma que el primero de ellos denuncia la infracción del art. 675 del Código Civil sobre la interpretación de las disposiciones testamentarias en el sentido literal de sus palabras, es decir, de las palabras que realmente contiene el testamento y no de las que le atribuye el fallo de la sentencia que son claramente opuestas. Considera la parte recurrente que existe un error a la hora de transcribir el contenido de la cláusula novena del testamento de su padre, ya que en el mismo, como consecuencia de incumplir la prohibición de intervención judicial de la herencia, "quedará "automáticamente" instituida en la porción que les corresponda de la legítima estricta" y no como señala la sentencia recurrida, "únicamente" en la porción que les corresponda de la legítima estricta", tratándose en todo caso de un error patente que constituye el soporte único o básico para aplicar las sanciones establecidas en la cláusula novena, más allá de la legítima estricta, de forma que alcance a los legados de inmuebles, sin que esta haya sido la voluntad del testador. El segundo motivo alega la infracción del párrafo segundo del art. 675 CC en relación con el art. 743 del mismo cuerpo legal, en cuanto el testador no puede prohibir la intervención judicial e impedir que el heredero legitimario obtenga su legítima estricta cuando sus coherederos no se la quieran entregar voluntariamente. La cláusula de prohibición no es en si misma ilegítima sino que es ineficaz cuando se trata de limitar los derechos de los herederos legitimarios para reclamar su legítima. El tercer motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 792, 3, 790 y 1116 del CC, ya que en ningún caso puede incluirse en un testamento una

condición que haga ineficaz las propias disposiciones testamentarias, citando en su apoyo las SSTS de 15 de febrero de 1911, 20 de mayo de 1959 y de 12 de diciembre de 1959. El cuarto motivo denuncia la vulneración de los artículos 806 y 813 del CC, en relación con el art. 815 del mismo cuerpo legal, dado que en estos dos artículos se recoge el carácter intangible de la legítima, que es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos. En el presente caso, existiendo lesión en su legítima al no haberse computado las liberalidades, las recurrentes no tenían más opción que la intervención judicial para que se respetara su legítima estricta. Cita en su apoyo las SSTS de 23 de enero de 1959 y de 30 de enero de 1995. El quinto motivo alega la infracción del art. 882 CC en cuanto establece un régimen especial para el legado de cosa específica y determinada propiedad del testador, siendo infringido por la sentencia recurrida al determinar que deben acrecer a los demandantes los legados de inmuebles declarados por el testador. El sexto motivo del recurso considera infringido el art. 828 del CC por no tener en cuenta que el régimen especial de los legados es distinto del régimen que establece el Código en general para la herencia, ya que se trata de dos regímenes distintos. El séptimo motivo alega la infracción de los artículos 1035 CC y 1036 CC, en relación con el art. 1079 del mismo cuerpo legal, que determinan que el régimen de los bienes o valores que hubiesen recibido del causante en vida de éste por cualquier título lucrativo a fin de computarlo en la regulación de las legítimas, asimismo el artículo 1079 declara que la omisión de alguno de estos bienes no da lugar a la rescisión de la partición sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos. En apoyo de lo expuesto cita las SSTS de 19 de junio de 1978, 21 de abril de 1990, 21 de abril de 1997 y de 19 de mayo de 2008. El octavo último motivo denuncia la infracción del art. 1258 CC relativo a la concurrencia de buena fe en todos los actos y contratos regulados por el derecho, principio general establecido en toda la normativa española de que la buena fe se supone y protege. Considera el recurrente que la sentencia recurrida no puede imponer la sanción de las cláusulas octava y novena del testamento del causante, cuando el mismo Tribunal Supremo en un supuesto análogo (herencia de la madre) declara que la omisión de la liberalidad en la partición de los bienes del causante, con infracción del art. 1035 CC, cuando el precio de la transmisión de las 480 acciones fue consciente y deliberadamente inferior al que objetivamente sería razonable para defraudar la legítima de sus hermanas.

**2.** Por su parte, y por el mismo cauce que el anterior recurso, doña Pilar Banús Ferré también recurre en casación, configurando su recurso en

seis motivos de forma que el primero de ellos considera que se ha infringido lo dispuesto en el art. 675 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, en orden a la inaplicación de cláusulas testamentarias sancionadoras cuando la partición no se efectúa en la forma prevista en el testamento, recogida en las SSTS de 20 de septiembre de 1994 y 8 de junio de 1999. En el presente caso, la partición de la herencia del causante fue incompleta, no cumpliendo los herederos beneficiario de la liberalidad omitida de su obligación de traerla a colación para determinar el importe de las legítimas, de forma que la reclamación judicial de complemento de legítima era la única vía para paliar dicha omisión, por lo que la misma no puede entenderse como incumplimiento de las disposiciones testamentarias del causante. El segundo motivo alega la infracción del art. 675 CC al contravenir la sentencia recurrida la voluntad del testador expresada en su último testamento. Tras la sentencia del Tribunal Supremo que ha resuelto definitivamente la existencia de una liberalidad no contemplada en la partición de la herencia causada por el fallecimiento de Da. Pilar Ferré y que debe ser objeto de computación en la misma para determinar la cuantía de la legítima estricta de sus herederos forzosos y dada la conexión entre la acción de complemento de legítima con la pretendida aplicación de la \_cláusula testamentaria sancionadora, lo que, debe analizarse es si procede aplicar al recurrente la sanción prevista en el testamento. El tercer motivo alega la infracción del art. 675 CC al contravenir la sentencia recurrida la voluntad del testador expresada en su último testamento. Considera el recurrente que el efecto práctico derivado del ejercicio de la acción de complemento de legítima y de la aplicación de la cautela socini son muy similares aunque no idénticos y por ello no deben confundirse los efectos que se derivan del ejercicio de la acción prevista en el art. 815 CC, la del complemento de legítima, con la aplicación de la sanción testamentaria o cautela socini establecida por el testador en la cláusula novena de su testamento. El cuarto motivo alega la infracción de los art. 1035 y 1036 CC en orden a la colación o computación de donación realizada por, el causante de una sucesión hereditaria, ya que la legítima estricta de los herederos esta fuera del alcance y disponibilidad del testador, de forma que la correcta aplicación de los preceptos citados hace inaplicable cualquier interpretación de las cláusulas del último testamento del causante en orden a que estas puedan de algún modo condicionar o restringir el derecho de sus herederos forzosos a la legítima estricta. El quinto motivo alega la infracción del art. 1258 CC y de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, ya que no es admisible que aprovechando una cuestión colateral como lo es la eventual aplicación de la sanción testamentaria prevista por el causante se pretenda

impulsar una nueva partición con valoración de los bienes inventariados, ya que supondría ir contra los propios actos, al haber aceptado los demandantes la partición efectuada. El sexto motivo alega la infracción del art. 651.1 CC, en relación con los artículos 798.2 y 1119 CC, en orden al inicio del devengo de frutos de los bienes derivados de la reducción de donaciones resultantes del ejercicio de la acción de complemento de legítima, ya que la recurrente estima que en este caso se ha de estar a la fecha de apertura de la sucesión (30 de julio de 1980) y no el de interposición de la demanda, o en su caso, de la primera demanda interpuesta por la parte (27 de julio de 2000) en reclamación de la computación de las liberalidades recibidas por los hijos varones de don Juan Banús Masdeu en la partición de la herencia de este.

**3.** En el presente caso, conforme a la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados en ambos recursos deben ser desestimados.

**4.** Para el adecuado examen de los recursos de casación interpuestos, se procede a agrupar aquellos motivos de ambos recursos que, aunque en algún caso, presentan diferencias en su desarrollo argumental, no obstante, denuncian la misma infracción sustantiva con similar contenido impugnatorio.

**5.** En el sentido señalado, se procede a agrupar los motivos primero, segundo, tercero, cuarto, y séptimo del recurso de doña Elvira y doña Dolores y los cuatro primeros motivos del recurso de doña Pilar en la medida en que responden a la cuestión de fondo de índole doctrinal, esto es, a la delimitación conceptual y alcance testamentario de la cautela socini y a su inter relación con el marco de la defensa de la intangibilidad de la legítima.

**6.** En el contexto doctrinal debe señalarse que aunque la figura de la cautela socini goza de un cumplido 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 incurrn 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.

12. En el presente caso, la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta nos permite comprobar cómo opera la interpretación sistemática de los dos planos de análisis señalados. Así, en primer término, profundizando en la esencia o naturaleza testamentaria de esta cautela, en el marco de configuración dispuesto por el testador, se observa la validez de la misma conforme tanto con la potestad de disposición y distribución del causante, como con el alcance de la prohibición impuesta. En este sentido, de las disposiciones testamentarias objeto de análisis, se desprende que el testador permite el necesario juego de la opción para el legitimario (cláusula novena: "si se incumpliere la prohibición quedarán automáticamente instituidos herederos en la porción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes") como, también, el natural desarrollo testamentario de la condición o prohibición impuesta pues, aunque con el rigor usual de este tipo de cláusula se prohíbe absolutamente la intervención judicial, no obstante, el alcance de la misma queda enmarcado en las facultades dispositivas del testador, claramente referenciadas tanto respecto de la aceptación de las operaciones de ejecución testamentarias llevadas a cabo por su comisario contador-partidor, cláusula octava, como respecto de la aceptación de la validez y el carácter no colacionable de las donaciones y legados hechos en vida por el testador, cláusula décima del testamento. De forma que, conforme al sentido testamentario de esta cláusula y a la concreción dispuesta por el testador, no cabe interpretar que la prohibición presuntamente también refiera o se extienda a la necesaria aceptación de actos contrarios a la norma o de irregularidades, propiamente dichas, del procedimiento de ejecución extrajudicial de la herencia. En segundo término, y centrados en el alcance de la intervención judicial solicitada, también se comprueba que los legitimarios accionantes infringen la prohibición dispuesta en la medida en que el fundamento que anida en el contenido impugnatorio realizado, en relación con la cesión de acciones efectuada por el testador y su esposa a sus hijos varones, en documento privado de 22 de febrero de 1972, que fue objeto de la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2007, antecedente judicial del presente caso, se circunscribe claramente en el marco del ejercicio de una acción de suplemento y eventual reducción de donaciones (815 del Código Civil) que comporta la pretensión de una nueva cognitio relativa a la computación y valoración del haber hereditario (STS de 4 de enero de 2013, núm. 785/2012), constituyendo una clara contravención o falta de aceptación de la disposición patrimonial ordenada por el testador. Máxime, si

tenemos en cuenta que, aunque la cesión de acciones fue calificada por la citada sentencia de esta Sala como un negocio mixto de onerosidad y gratuidad, en cuando al precio que justificaba o compensaba la constitución de una renta vitalicia en favor de los cedentes, no obstante, el testador, con independencia de la calificación real del contrato celebrado, también había incluido expresamente el desarrollo lógico de esta cautela en la prohibición de impugnar las donaciones y legados hechos en vida, tal y como reza la citada cláusula décima del testamento.

**13.** En orden al adecuado examen de los motivos planteados, se procede a agrupar los motivos quinto, sexto y séptimo del recurso de casación de doña Elvira y doña Dolores Banús Ferré por denunciar, en el fondo, la misma infracción sustantiva con similar contenido impugnatorio.

**14.** En el sentido de la desestimación ya enunciada debe señalarse, con carácter general, que si bien es cierto que no cabe desconocer el peculiar proceso adquisitivo que en el ámbito sucesorio dispensa nuestro Código Civil al legado de cosa específica y determinada del testador (artículo 882 del Código Civil), no obstante, procede señalar que dicha peculiaridad no altera o afecta a los presupuestos que, precisamente en la dinámica del proceso sucesorio, permiten operar el citado efecto adquisitivo, esto es, al ius delationis, que informa y posibilita el derecho a adquirir la herencia, y a la aceptación de la herencia, como presupuesto lógico o conceptual de la propia adquisición hereditaria. Desde esta perspectiva rectora, particularmente de la razón de equivalencia entre la unidad orgánica del fenómeno sucesorio y el ius delationis, que esta Sala ha resaltado recientemente, SSTS de 20 de julio de 2012 (núm. 516/2012) y 30 de octubre de 2012 (núm. 624/2012), la adquisición del legatario legitimario viene previamente delimitada por el fundamento testamentario que informa la vocación o llamamiento a la herencia. En el presente caso, dicho fundamento ha realizado, de forma válida, las alternativas atributivas que pudieran derivarse de la aceptación de la herencia conforme a la aplicación de la cautela socini establecida; condicionándose, de este modo, el ulterior proceso adquisitivo que resulte del juego de la opción elegida por el legitimario, en donde el acrecimiento a favor de los legitimarios conformes no supone una vulneración del régimen adquisitivo de los legados, sino una consecuencia directa de la ordenación dispositiva querida por el testador. Con carácter particularizado, y en la línea de la especialidad alegada, debe señalarse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala,

STS de 29 de julio de 2013 ( núm. 536/2013), también ha puntualizado la preferencia de la voluntad declarada por el testador y, por ende, de su ordenación dispositiva de la herencia, respecto de una interpretación rigorista de los criterios de vinculación o imputación de donaciones y legados. En efecto, en un supuesto de donación inter vivos con dispensa de colación, en la citada sentencia se declara que “la interpretación literal que pudiera establecerse del artículo 825 del Código Civil y su posible correlato en el artículo 828 del mismo texto legal (calificación e imputación de legados como mejora), debe ceder ante la interpretación sistemática o de conjunto que ofrecen los artículos 636 y 1036 del mismo Código Civil, todo ello bajo el prisma de la voluntad realmente querida por el testador, como principio rector de la de esta interpretación normativa (675 del Código Civil)”.

Por lo demás, y en contra de lo argumentado por las recurrentes, no cabe confundir la acción de complemento de la partición (artículo 1079 del Código Civil), respecto de la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, con la acción de suplemento de la legítima que realmente ejercitan las legitimarias, sobre todo en orden a la validez de la aplicación de la cautela socini, verdadera piedra de toque en el objeto de este pleito.

**15.** En parecidos términos, de correcta perspectiva o enfoque de la cuestión, debemos pronunciarnos respecto de la desestimación del octavo y último motivo del recurso de doña Elvira y doña Dolores Banús Ferré y del motivo quinto del recurso de doña Pilar Banús Ferré.

En efecto, las alegaciones del principio de buena fe contractual, ya como base de la interpretación integrativa, o bien como parámetro de conducta a seguir (1258 del Código Civil), se proyectan como una valoración o enjuiciamiento lógico del plano de cumplimiento o ejecución de los contratos y, en su caso, del acto de ejercicio de un derecho subjetivo situándose, por tanto, extramuro del plano conceptual señalado de la validez y alcance testamentario de la cautela socini configurada por el testador. De ahí que se haya precisado, dentro de este plano pertinente a la validez de la cláusula, que incluso teniendo en cuenta la verdadera naturaleza del negocio de cesión de las acciones efectuado por el testador y su esposa, tal y como declara la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2007, no obstante, el injerto de gratuidad observado no altera la aplicación de la cautela dado que el testador también la vincula al respeto de las donaciones y legados hechos en vida (cláusula décima). En este plano, como se ha señalado, el contenido impugnatorio de la acción de suplemento ejercitada entra de

lleno en la prohibición impuesta y, por tanto, comporta la sanción prevista.

En parecidos términos, debe señalarse que la valoración de la aplicación de la cautela socini, lejos de ser una cuestión colateral o accesoria representa, en el presente caso, la cuestión central pues de su admisión inevitablemente se deriva una necesaria modificación de la partición realizada que se ajuste tanto a la intangibilidad de la legítima solicitada, como al acrecimiento de lo mejorado en favor de los legitimarios conformes. Todo ello con base al "interés jurídicamente atendible" de la posición jurídica de los legitimarios en el presente caso (SSTS 28 de junio de 2012 núm. 440/2012 y 29 de octubre de 2012, núm. 619/2012).

**16.** El motivo sexto y último del recurso de doña Pilar Banús Ferré debe desestimarse igualmente. Como acertadamente señala la sentencia recurrida, la fecha a tener en consideración para la obligación de la devolución de los frutos en el presente caso, esto es, de computación de liberalidades para fijar las legítimas, viene referido a la interposición de la demanda, (artículo 651 del Código Civil) sin que quepan aplicaciones analógicas con otras figuras, más o menos próximas, pero de distinta naturaleza y función, como la colación (artículo 1049 del Código Civil), ni mucho menos, con figuras claramente alejadas como el legado sujeto a condición, tal y como argumenta la recurrente.

**Recurso de casación de don Antonio Banús Ferré, doña Celia Gutiérrez Fernández, doña Celia Banús Gutiérrez, doña Nuria Banús Gutiérrez, don Rafael Banús Gutiérrez, don Miguel Banús Gutiérrez, don Juan Banús Gutiérrez, doña Rocío Banús Gutiérrez, don Ángel Banús Gutiérrez, don Manuel Banús Gutiérrez, don Gonzalo Banús Gutiérrez y don Jesús Banús Gutiérrez.**

**TERCERO.-** 1. El recurso se articula en dos motivos, el primero de ellos denuncia la infracción del artículo 646 CC y de la jurisprudencia que los interpreta, precepto aplicable por analogía en relación a la caducidad de las acciones de reducción de donaciones por inoficiosidad y subsidiariamente, de los artículos 1076 y 1299 CC, para el supuesto caso de que la Sala no considere de aplicación el precepto invocado como infringido con carácter principal. El segundo motivo alega la infracción de los artículos 7.1 y 1258 CC y de la jurisprudencia que los interpreta, relativos a la exigencia de la buena fe que vincula a lo pactado y que constituye el límite objetivo en el ejercicio de los derechos, impidiendo todo comportamiento que resulte contrario a la

doctrina de los propios actos, todo ello en relación con la aceptación de la partición efectuada por las hermanas sin reserva alguna.

2. En el presente caso, los motivos deben ser desestimados.

3. En relación al primer motivo, debe señalarse que no procede la aplicación analógica dado que, técnicamente, no se está ante el supuesto reconducible al ámbito de la revocación y reducción de donaciones (644 a 646 del Código Civil), ni tampoco ante un supuesto de rescisión, ya por la vía específica de la lesión de la partición, o bien por el cauce general de la rescindibilidad de los contratos (artículos 1076 y 1299 del Código Civil, respectivamente), sino ante el ejercicio de una acción de suplemento de la legítima cuyo plazo de prescripción es de treinta años, desde el día del fallecimiento del causante.

4. En relación al segundo motivo planteado, y como ya se ha fundamentado en el examen de los recursos anteriores, motivo octavo del recurso de doña Elvira y doña Dolores Banús y motivo quinto del recurso de doña Pilar Banús, las alegaciones al principio de buena fe contractual y a la doctrina de los actos propios, a juicio de esta Sala, no afectan al "interés jurídicamente atendible" con el que las partes han defendido su respectiva posición jurídica en este pleito.

#### **CUARTO.-** Desestimación de los recursos y costas.

1. La desestimación de la totalidad de los motivos planteados comporta la desestimación de los recursos de casación interpuestos.

2. No obstante, apreciadas las serias dudas de derecho de la cuestión debatida, conforme a la fundamentación expuesta, por aplicación del artículo 398.1 LEC, en relación con el artículo 394.1 del mismo Cuerpo legal, no procede hacer expresa imposición de costas en casación.

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

## **F A L L A M O S**

1. Declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de doña Elvira y doña Dolores Banús Ferré y por la representación procesal de doña Pilar Banús Ferré, así como por la

representación procesal de don Antonio Banús Ferré, doña Celia Gutiérrez Fernández, doña Celia Banús Gutiérrez, doña Nuria Banús Gutiérrez, don Rafael Banús Gutiérrez, don Miguel Banús Gutiérrez, don Juan Banús Gutiérrez, doña Rocío Banús Gutiérrez, don Ángel Banús Gutiérrez, don Manuel Banús Gutiérrez, don Gonzalo Banús Gutiérrez y don Jesús María Banús Gutiérrez, contra la sentencia dictada, con fecha 26 de enero de 2011, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, y aclarada por auto de 9 de febrero de 2011, en el rollo de apelación nº 482/2009.

2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. No procede hacer expresa imposición de costas de los recursos de casación interpuestos

.

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

**Francisco Marín Castán José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller**

**Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo**

**Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena**



## **Sebastián Sastre Papiol**

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.